

Rechtskultur ist eine Zeitschrift mit europäischem Charakter.  
Rechtskultur is a journal with a definite European character.  
Rechtskultur est une revue à caractère européen.

Rechtskultur ist strikt themenbezogen.  
Rechtskultur is strictly by theme.  
Rechtskultur est une revue thématisée de manière stricte.

Rechtskultur ist transdisziplinär ausgerichtet.  
Rechtskultur is a transdisciplinary endeavour.  
Rechtskultur est une revue axée sur une approche interdisciplinaire.

ISBN: 978-3-86646-417-9



9 783866 464179

Methode / Methods / Méthode

Rechtskultur 2

# Rechtskultur 2

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte  
European Journal of Legal History  
Journal européen d'histoire du droit

Methode der Rechtsgeschichte und ihrer Nachbarwissenschaften  
beim Umgang mit rechtshistorischen Quellen

Which methods do legal history and related areas of study  
use with their sources?

Méthode de l'histoire du droit et des disciplines connexes  
quant au traitement des sources de l'histoire du droit

Stephan Wagner, Regensburg Die rechtstatsächliche Aussagekraft rechtshistorischer Quellen am Beispiel der mittelalterlichen Rezeption des Senatus Consultum Velleianum	S. 1
Saskia Lettmaier, Harvard „Law and ...“: Wandlungen des Ehrechts im Lichte sich wandelnder Subjektkulturen	S. 11
Natali Stegmann, Regensburg Zwischen europäischem Menschenrecht und tschechoslowakischer Verfassung: Welches Rechtsverständnis die Charta 77 motivierte und bei wem sie sich Gehör verschafft	S. 23
Frederik Dhondt, Ghent Looking Beyond the Tip of the Iceberg: Diplomatic Praxis and Legal Culture in the History of Public Interna- tional Law	S. 31
Josefa-Dolores Ruiz-Resa, Granada Legal Science as a Source of Law (Notes on its Practical-Normative Dimension)	S. 43
Miguel Àngel Morales Payán, Almería Prozessformulare in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts: Richtlinien für das Vorgehen der Bürgermeister als Richter	S. 51
Lukas Gschwend, Pascale Sutter, St. Gallen/Zürich Die Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen und ihr Rechtsquellenbegriff	S. 67
Markus Würdinger, Saarbrücken Subjektive oder objektive Theorie? – Das historische Argument in der Rechtsdogmatik und Rechtspraxis	S. 79
Dirk Heirbaut, Ghent Rapport de synthèse: Some reflexions on the methodologies of legal history	S. 89
Stefan Rinke, Berlin <i>Debatte/debate/débat</i> : Governance und Unabhängigkeit in Lateinamerika: Legitimität in Räumen begrenzter Staatlichkeit	S. 93
José Manuel Azcona Pastor <i>Debatte/debate/débat</i> : Características fundamentales de la HISTORIOGRAFÍA y bibliografía sobre emigraci- ón española hacia iberoamérica en el siglo XIX: El caso vasconavarro	S. 106
Peter Pichler, Graz Was ist „europäische Rechtskultur“? Ein kulturhistorisch-diskursanalytisches Statement.	S. 132

Herausgeber: Ignacio Czeguhn - Lukas Gschwend - Dirk Heirbaut - Martin Löhnig - Antonio Sánchez Aranda

Edition Rechtskultur

# Die rechtstatsächliche Aussagekraft rechtshistorischer Quellen am Beispiel der mittelalterlichen Rezeption des *Senatus Consultum Velleianum*

Stephan Wagner, Regensburg

*Inwieweit geben rechtshistorische Quellen Aufschluss über die Rechtswirklichkeit der betreffenden Epoche? Diese grundlegende Frage der Rechtsgeschichte wird anhand der Rezeption des *Senatus Consultum Velleianum* aus dem römischen Recht im mittelalterlichen *Ius commune* untersucht. Dabei zeigt sich, dass insbesondere die Möglichkeit, auf die Einrede aus diesem Rechtsinstitut zu verzichten, von den mittelalterlichen Juristen nicht nur in der Theorie abgehandelt wird, sondern dass sie maßgeblich auf der (notariellen) Praxis der Zeit beruht.*

*To what extent do legal sources provide information about the reality of legal life in the respective period? This fundamental question of legal history shall be illustrated by the reception of the *Senatus Consultum Velleianum* originating from Roman law in the medieval *Ius commune*. Thereby it appears, that in particular the possibility to renounce the defence deriving from this legal institute is not only discussed by medieval lawyers in theory, but bases heavily on the (notarial) practice of the time.*

## I. Einleitung

Eine der anspruchsvollsten Herausforderungen, denen sich der Rechtshistoriker zu stellen hat, ist die Frage, welche Schlussfolgerungen aus rechtshistorischen Quellen im Hinblick auf die Rechtswirklichkeit der entsprechenden Epoche getroffen werden können.<sup>1</sup> Spiegelt ein überlieferter Text nur die theoretische fachliche Diskussion eines juristischen Gegenstands wider oder gibt er auch Aufschluss über die Rechtswirklichkeit seiner Zeit und wenn ja, in welchem Ausmaß. Mit anderen Worten, wie verhält sich das erhaltene „law in the books“ zum tatsächlichen „law in action“?

Ein juristischer Text der Gegenwart soll dieses Spannungsfeld illustrieren: Welche Schlüsse auf die Rechtswirklichkeit des ausgehenden 20. Jahrhunderts werden Forscher in fünfhundert Jahren aus den *Principles of European Contract Law* (PECL) zulässigerweise ziehen können?<sup>2</sup> Die Artikel der PECL selbst wurden als „Restatements“, das heißt als Modellgesetzbuch des europäischen Vertragsrechts von einer Kommission europäischer Wissenschaftler erarbeitet und dabei mit erläuternden „Kommentaren“ und rechtsvergleichenden „Anmerkungen“ versehen.<sup>3</sup> In der gegenwärtigen Praxis werden aber vermutlich kaum Verträge auf Grundlage der PECL geschlossen, so dass auch keine Gerichtsent-

scheidungen hierzu ergehen. Die Artikel und Kommentare der PECL geben also das gegenwärtige Rechtsleben in Europa nicht unmittelbar wieder, sondern bauen auf ihm auf. Nur die rechtsvergleichenden Anmerkungen, in denen die Rechtslage in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen dargestellt wird, skizzieren die geltenden Gesetze, die Grundsatzentscheidungen der Rechtsprechung hierzu sowie die entsprechende Diskussion in der wissenschaftlichen Literatur. Wer sich also in fünfhundert Jahren anhand der PECL über die europäische Rechtswirklichkeit des späten 20. Jahrhunderts informieren will bzw. muss, weil er keine anderen Quellen zur Verfügung hat, wird sich somit in erster Linie an diesen Anmerkungen zu orientieren haben.

Auch das Regelungsmodell einer geltenden Kodifikation braucht nicht notwendigerweise die Rechtswirklichkeit widerzuspiegeln. So geht etwa das deutsche BGB nach wie vor von der Hypothek als gesetzlichem Grundtypus der Grundpfandrechte aus und regelt diese detailliert (§§ 1113-1190 BGB), während für die Grundschuld nur wenige, das Hypothekenrecht modifizierende Sonder Vorschriften vorgesehen sind (§§ 1191-1198 BGB): In der Praxis der Kreditsicherung hingegen überwiegt die (Sicherungs-) Grundschuld gegenüber der Hypothek deutlich.

Der Wortlaut einer Kodifikation kann sogar völlig toter Buchstabe bleiben, wie das Beispiel der Heimstätte in Art. 349-359 des schweizerischen ZGB von 1907 zeigt. Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sollte das Gewerbe- bzw. Hausgrundstück einer Familie als sog. Heimstätte durch Verfügungsbeschränkungen geschützt werden können,<sup>4</sup> indem die Belastung mit neuen Grundpfandrechten, die Veräußerung, Vermietung und Verpachtung sowie die Zwangsvollstreckung ausgeschlossen wurden (Art. 354 ZGB). Obwohl die Kantone mehrheitlich von der in Art. 349 ZGB verankerten Befugnis Gebrauch gemacht und entsprechende Ausführungsvorschriften erlassen hatten,<sup>5</sup> wurde bis zur Aufhebung der

<sup>1</sup> Pointiert Pio Caroni, Blicke über den Gartenzaun – Von der Beziehung der Rechtsgeschichte zu ihren historischen Nachbarwissenschaften, in: Die Einsamkeit des Rechtshistorikers – Notizen zu einem problematischen Lehrfach (2005), S. 73, 94 ff.

<sup>2</sup> Ole Lando/Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part I (1995); Ole Lando/Hugh Beale (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II (2000); Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III (2003). – Deutsche Ausgabe: Christian von Bar/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, Teile I und II (2002); Teil III (2005).

<sup>3</sup> Reinhard Zimmermann, Art. „Principles of European Contract Law“, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. II (2009), S. 1177 ff.

<sup>4</sup> Vgl. Eugen Huber, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartments*, Bd. I, 2. Aufl. (1914), S. 252, 279 f.; ders., *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Bd. IV (1893), S. 259 f. in Anm. 48. – Skeptisch allerdings schon die Stellungnahme von Leuenberger für den Kanton Bern vom 7. November 1896 unter Verweis auf einen praktischen Versuch im Kanton Luzern, in: *Berner Kommentar/Hurni/Reber, Materialien zum ZGB*, Bd. I (2009), S. 586, 588 f. = *Berner Kommentar/Reber/Hurni, Materialien zum ZGB*, Bd. II (2007), S. 895, 897 f.

<sup>5</sup> *Zürcher Kommentar/Egger, ZGB*, Bd. II/2 (1943), Art. 349 Rn. 5;

Art. 349 ff. ZGB im Jahre 1998<sup>6</sup> in der gesamten Schweiz freilich nicht eine einzige Heimstätte errichtet.<sup>7</sup>

Neben diesen Beispielen für Rechtsinstitute, die von der Praxis nicht oder nicht so wie vom Gesetzgeber geplant angenommen werden, gibt es mitunter sogar Ge- bzw. Verbotsnormen, die durch bloße Missachtung der Rechtsunterworfenen zu Fall gebracht werden. Die etwa von Kaiser Joseph II. mit Verordnung vom Spätsommer 1784 vorgeschriebene Bestattung in Leinensäcken statt in Särgen,<sup>8</sup> wurde angesichts des Widerstands in der Bevölkerung bereits Anfang des nächsten Jahres wieder zurückgenommen.<sup>9</sup> Somit kann also selbst im aufgeklärten Absolutismus nicht einfach von der Existenz einer Norm auf deren konsequente Einhaltung bzw. Durchsetzung geschlossen werden.

Im Folgenden soll das Problem der rechtstatsächlichen Aussagekraft juristischer Quellen anhand der Rezeption des Senatus Consultum Velleianum (SC Velleianum) aus dem römischen Recht<sup>10</sup> im mittelalterlichen *Ius commune* untersucht werden.<sup>11</sup>

Das SC Velleianum,<sup>12</sup> ein Beschluss des römischen Senats aus der Mitte des ersten Jahrhunderts nach Christus,<sup>13</sup> untersagt Frauen, im Interesse Dritter Verbindlichkeiten einzugehen (*pro aliis reas fieri*).<sup>14</sup> Das verbotene Eintreten für Dritte (*intercedere*) kann dabei unter anderem in einer Bürgschaft, einer Schuldübernahme oder einer Pfandbestellung der Frau bestehen oder aber darin, dass sie anstelle des Dritten von vornherein selbst das Darlehen aufnimmt und die Valuta an ihn auskehrt.<sup>15</sup> Als Rechtsfolge einer verbotswidrigen Interzession wird der Frau grundsätzlich eine *peremptorische* Einrede gegen den Gläubiger gewährt (*exceptio SC Velleiani*),<sup>16</sup> der wiederum mit der sog. *actio restitutoria* bzw. der sog. *actio institutoria* gegen den Dritten vorgehen kann.<sup>17</sup>

Welchen Zweck der Senat mit dem Erlass des SC Velleianum verfolgte, ist umstritten. Nach der wohl herrschenden Meinung standen für den historischen Gesetzgeber der Schutz der Frau und ihres Vermögens im Mittelpunkt.<sup>18</sup> Die Gegenansicht indessen unterstellt dem Senat reaktionäre Motive und sieht das SC Velleianum ausschließlich als legislative Maßnahme, um Frauen vom Geschäftsleben und dem öffentlichen Leben überhaupt fernzuhalten.<sup>19</sup>

Basler Kommentar/Grüniger, ZGB, Bd. I, 4. Aufl. (2010), Art. 349-359 Rn. 4 f.

<sup>6</sup> Die Art. 349-358 ZGB wurden durch Bundesgesetz vom 26. Juni 1998 aufgehoben, AS 1999 S. 1118, 1141; knapp zehn Jahre zuvor war bereits Art. 349 ZGB im Rahmen einer Föderalismusreform durch Bundesgesetz vom 15. Dezember 1989 aufgehoben worden, AS 1991 S. 362, 363.

<sup>7</sup> Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, ZGB, 12. Aufl. (2002), S. 474; Basler Kommentar/Grüniger, ZGB, Bd. I, 4. Aufl. (2010), Art. 349-359 Rn. 1.

<sup>8</sup> Hofdekret vom 23. August und 13. September 1784, unter Nr. 4 ff., Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K. K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer Systematischen Verbindung, Bd. 6 (1786), S. 565, 566 f. = Harm Klueting (Hrsg.), Der Josephinismus – Ausgewählte Quellen zur Geschichte der thesianisch-josephinischen Reformen (1995), Nr. 155, S. 351, 352.

<sup>9</sup> Hofdekret vom 20. Januar 1785, Handbuch aller unter der Regierung des Kaisers Joseph des II. für die K. K. Erbländer ergangenen Verordnungen und Gesetze in einer Systematischen Verbindung, Bd. 8 (1787), S. 675. Vgl. hierzu Johannes Wimmer, Gesundheit, Krankheit und Tod im Zeitalter der Aufklärung – Fallstudien aus den habsburgischen Erbländern (1991), S. 176 ff., 183 f.; Derek Beales, Joseph II, Vol. II: Against the World 1780-1790 (2009), S. 324 ff.

<sup>10</sup> Zum SC Velleianum im römischen Recht Heinrich Vogt, Studien zum Senatus Consultum Velleianum (1952); Dieter Medicus, Zur Geschichte des Senatus Consultum Velleianum (1957); Max Kaser, Das römische Privatrecht, 2. Aufl., Bd. I (1971), § 156, S. 667; Bd. II (1975), § 279, S. 461 f.; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition (1996), S. 145 ff.; Ulrike Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften – Interzessionsverbote nach dem Velleianischen Senatsbeschluss (1999); Max Kaser/Rolf Knütel, Römisches Privatrecht, 19. Aufl. (2008), § 57 Rn. 27 ff.

<sup>11</sup> Zur Rezeption des SC Velleianum im Gemeinen Recht Wilhelm Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, Bd. I (1850), S. 258 ff.; Bd. II (1851), S. 335 ff.; Paul Gide, Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatus-consulte Velléien, 2me éd. (1885); Johannes E. Spruit, Het Raets-besluit van Burgemeester Velleius, in: Huldigungsbandel Paul van Warmelo (1984), S. 194 ff.; Wolfgang Ernst, Interzession – Vom Verbot der Fraueninterzession über die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften zum Schutz des Verbrauchers als Interzedenten, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, hrsg. von Reinhard Zimmermann in Verbindung mit Rolf Knütel und Jens Peter Meincke (1999), S. 395, 397 f.; Nils Jansen, Seriositätskontrollen existentiell belastender Versprechen – Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, in:

Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss, hrsg. von Reinhard Zimmermann (2007), S. 125, 128, 134 f., 156.

<sup>12</sup> Die richtige Schreibweise lautet nach dem Antragsteller Vellaeus Tutor an sich „Vellaeianum“, vgl. Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 1 Fn. 2; Kaser, Privatrecht, Bd. I (1971), § 156, S. 667 Fn. 2. Da die überlieferten Quellen in Dig. 16, 1 und Cod. 4, 29 aber überall „Velleianum“ verwenden, wird im Folgenden ebenfalls die dortige, später rezipierte Schreibweise „Velleianum“ gebraucht.

<sup>13</sup> Zur Datierung Vogt, Studien zum SC Velleianum (1952), S. 4 f.; Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 14; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 36.

<sup>14</sup> Zur Echtheit des in Dig. 16, 1, 2, 1 überlieferten Wortlauts Vogt, Studien zum SC Velleianum (1952), S. 2 ff.; Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 18 ff.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 37 ff.

<sup>15</sup> Zum sachlichen Anwendungsbereich Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 84 ff., 101 ff.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 107 ff., 129 ff.

<sup>16</sup> Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 29 ff.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 43 ff.

<sup>17</sup> Medicus, Zur Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 64 ff.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 46 ff.

<sup>18</sup> Joseph v. Edlinger, Die Voraussetzung des Senatusconsultum Velleianum (1929), S. 10 ff.; Wolfgang Kunkel, Römisches Privatrecht, 3. Aufl. (1949), S. 217; Hans Kreller, ZRG RA 72 (1955), 400, 402; ders., Das Verbot der Fraueninterzession von Augustus bis Justinian, in: Anzeiger der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse 93 (1956), S. 1, 6 f.; Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 23 ff., 139; Hans-Erich Kaden, ZRG RA 75 (1958), 422, 423 f.; Kaser, Privatrecht, Bd. I (1971), § 156, S. 667 Fn. 5; ders., Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht (1977), S. 30; Wolfgang Waldstein, Zur Stellung der Frau im Römischen Recht, in: Festschrift für Robert Muth (1983), S. 559, 562; Suzanne Dixon, Infirmitas sexus: Womanly Weakness in Roman Law, TRG 52 (1984), 343, 362 f.; J.A. Crook, Feminine Inadequacy and the Senatusconsultum Velleianum, in: The Family in Ancient Rome – New Perspectives, edited by Beryl Rawson (1986), S. 83, 90; Olivia F. Robinson, The Status of Women in Roman Private Law, (1987) Juridical Review 143, 156; Zimmermann, Law of Obligations (1996), S. 146 ff.; Berthold Kupisch, Die römische Frau im Geschäftsleben – Ein Anweisungsbeispiel: Ulpian/Julian/Marcellus D.16, 1, 8, 2, in: Festschrift für Bernhard Großfeld (1999), S. 659, 659 f. Fn. 3; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 143 ff.

<sup>19</sup> Gide, Étude sur la condition privée de la femme (1885), S. 154;



Letztlich kommt es für die weitere Entwicklung auch weniger auf die Absichten des historischen Gesetzgebers bei Verabschiedung des Senatsbeschlusses an als vielmehr auf den Zweck, den die klassischen Juristen dann bei der konkreten Anwendung des SC Velleianum zugrunde legen.<sup>20</sup> Diese verharren nicht etwa bei einer starren und formalen Betrachtung der von ihnen zu beurteilenden Sachverhalte. Statt jede Übernahme einer fremden Verbindlichkeit durch eine Frau einfach dem Interzessionsverbot zu unterwerfen und ihr pauschal die entsprechenden Einrede zuzubilligen, berücksichtigen sie vielmehr die konkreten Umstände und die Interessenlage des Einzelfalls. Das SC Velleianum wird also gerade nicht als Instrument begriffen, um den Kredit der Frau zu untergraben und sie gewissermaßen auf kaltem Wege von der Teilnahme am Wirtschaftsleben auszuschließen.<sup>21</sup> Nicht zuletzt die umfangreiche Kasuistik in Dig. 16, 1 und Cod. 4, 29 spricht dafür, dass das SC Velleianum rechtstatsächlich nicht zu einem Erliegen der Fraueninterzessionen geführt hat.<sup>22</sup> In seiner konkreten Anwendung wird das SC Velleianum somit im klassischen Recht als Schutzvorschrift gelebt.<sup>23</sup>

Die nachklassische Entwicklung wird vor allem durch die Gesetzgebung Justinians geprägt, die einerseits die anerkannten Ausnahmen vom SC Velleianum erweitert.<sup>24</sup> Eine wesentliche Verschärfung bringt andererseits

Nov. 134, 8 (aus dem Jahre 556),<sup>25</sup> die in ihrer lateinischen Übersetzung als *Authentica Si qua mulier* für die Rezeption im Gemeinen Recht von maßgeblicher Bedeutung ist.<sup>26</sup>

„... si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro, aut scribat, et propriam substantiam aut se ipsam obligatam faciat, iubemus, nullatenus huiusmodi valere aut tenere, sive semel sive multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum sive publicum sit debitum, sed ita esse, ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt.“<sup>27</sup>

Danach ist jedwede Interzession für den Ehemann schlichtweg verboten und absolut nichtig (*nullatenus huiusmodi vale re aut tenere*) und kann auch durch noch so viele Wiederholungen der Interzession nicht gültig gemacht werden (*sive semel sive multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat*). Eine Ausnahme von diesem Verbot wird einzig und allein zugelassen, wenn klar erwiesen ist (*manifeste probetur*), dass die erlangte Geldsumme zum eigenen Nutzen der Frau selbst (*in propriam ipsius mulieris utilitatem*)<sup>28</sup> verwendet worden ist.

Eines der wichtigsten und am meisten diskutierten Probleme der mittelalterlichen Rezeption des SC Velleianum ist die Frage, ob die Frau auf die ihr zugute kommenden Wirkungen des SC Velleianum bzw. der *Authentica Si qua mulier* verzichten kann.<sup>29</sup> Deshalb soll zunächst kurz dargestellt werden, ob und wie ein solcher Verzicht bereits im römischen Recht (II.) der Klassik (II.1) und Nachklassik (II. 2) möglich war. Anschließend wird die Entwicklung des Verzichts bei der mittelalterlichen Rezeption (III.) durch Glossatoren (III.1) und Kommentatoren (III.2) nachgezeichnet. Im Vordergrund steht dabei

„quels intérêts sociaux, quelles exigences politiques forçaient alors le législateur à restreindre la capacité des femmes pour réprimer leur influence. Tel est aussi l'objet unique du sénatus-consulte Velleien“; Otto Gradenwitz, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte* (1887), S. 75; Fritz Schulz, *Classical Roman Law* (1951), S. 569; „an outspokenly reactionary enactment in conformity with the general attitude of the Senate which at that period was the center of reaction“; Vogt, *Studien zum SC Velleianum* (1952), S. 6 ff.; ders., *Miscellanea ad Senatus Consultum Velleianum*, TRG 35 (1967), 90, 101 ff.; Manfred Just, *Die restriktive Interpretation des Normzwecks des SC. Velleianum seit der Hochklassik*, in: *Festschrift für Franz Laufke* (1971), S. 33, 37, 40 f.; Spruit, *Huldigungs-bundel van Warmelo* (1984), S. 194, 197; „oorspronkelijk de consequentie van een reactionnaire en anti-empirische beweging“; Nikolaus Benke, *Why Should the Law Protect Roman Women? Some Remarks on the Senatus Consultum Velleianum* (ca. 50 A.D.), in: *Gender and Religion – European Studies*, edited by Kari Elisabeth Børresen, Sara Cabibbo, Edith Specht (2001), S. 41, 42 f., 46 f., 54 f.

<sup>20</sup> Grundlegend hierzu Medicus, *Geschichte des SC Velleianum* (1957), S. 34 ff.

<sup>21</sup> Medicus, *Geschichte des SC Velleianum* (1957), S. 79 ff.; Kaden, ZRG RA 75 (1958), 422, 424 f. Fn. 14; Just, *Festschrift Laufke* (1971), S. 33, 46; Mönnich, *Frauenschutz vor riskanten Geschäften* (1999), S. 147 ff.

<sup>22</sup> S. Dixon, TRG 52 (1984), 343, 366; Mönnich, *Frauenschutz vor riskanten Geschäften* (1999), S. 151.

<sup>23</sup> Kreller, ZRG RA 72 (1955), 400, 402; Medicus, *Geschichte des SC Velleianum* (1957), S. 134 ff., 139; Kaden, ZRG RA 75 (1958), 422, 425 f.; differenzierend Mario Talamanca, *La storia del SC. Velleiano*, Labeo 4 (1958), 99, 100 ff.; Just, *Festschrift Laufke* (1971), S. 33, 41 ff. allerdings einschränkend erst seit der Hochklassik; Zimmermann, *Law of Obligations* (1996), S. 148 ff.; Joëlle Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance (4e-7e siècle)*, Vol. I: *Le droit impérial* (1990), S. 68 ff.; Mönnich, *Frauenschutz vor riskanten Geschäften* (1999), S. 152 f., 167.

<sup>24</sup> Vor allem Cod. 4, 29, 22 und Cod. 4, 29, 23 pr.-1c (jeweils aus dem Jahre 530) sowie ferner Cod. 4, 29, 24 und Cod. 4, 29, 25 (aus dem Jahre 530 bzw. 531). Vgl. hierzu Medicus, *Zur Geschichte des SC Velleianum* (1957), S. 66 ff.; Antonio Díaz Bautista, *L'intercession des femmes dans la législation de Justinien*, RIDA 30 (1983), 81 ff.; Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance*, Vol. I (1990), S. 73 ff.; Mönnich, *Frauenschutz vor riskanten Geschäften* (1999), S. 154 ff.

<sup>25</sup> Alvaro d'Ors, *Varia Romana*, AHDE 18 (1947), 663, 674 ff.; Vogt, *Studien zum SC Velleianum* (1952), S. 23; Medicus, *Zur Geschichte des SC Velleianum* (1957), S. 76 f.; Díaz Bautista, RIDA 30 (1983), 81, 92 ff.; Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance*, Vol. I (1990), S. 76; Mönnich, *Frauenschutz vor riskanten Geschäften* (1999), S. 164 f.

<sup>26</sup> Sie wurde von den Glossatoren nach Cod. 4, 29, 22 eingefügt, vgl. Accursius, *Glossa ordinaria*, vorliegend verwendete Ausgabe: Augustae Taurinorum (1968/69), Vol. 10, S. 213 linke Sp., post Cod. 4, 29, 22; Azo, *Lectura*, vorliegend verwendete Ausgabe: Augustae Taurinorum (1966), ad Cod. 4, 29, 22, N° 2: „Habes hic authent. Si qua mulier etc. [Nov. 134, 8].“ – d'Ors, AHDE 18 (1947), 663, 674 f.; Díaz Bautista, RIDA 30 (1983), 81, 92; Spruit, *Huldigungs-bundel van Warmelo* (1984), S. 194, 200 f. Zu den Authentiken bzw. dem Authenticum allgemein vgl. Hermann Lange, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. I: *Die Glossatoren* (1997), S. 74 ff. bzw. 82 ff.

<sup>27</sup> Nov. 134, 8 = Auth. 127, 8, vgl. Gustav Ernst Heimbach (Hrsg.), *Authenticum – Novellarum constitutionum Iustiniani versio vulgata*, Vol. II (1851), S. 1017 f. Die lateinische Übersetzung des griechischen Originals gilt als zutreffend, so d'Ors, AHDE 18 (1947), 663, 675; Díaz Bautista, RIDA 30 (1983), 81, 94.

<sup>28</sup> Die Fassung bei Heimbach (Hrsg.), *Authenticum*, Vol. II (1851), S. 1018 mit Akkusativ „in propriam ... utilitatem“; die Fassung bei Rudolf Schoell/Wilhelm Kroll (Hrsg.), *Novellae*, 9. Aufl. (1968), S. 683 hingegen mit Ablativ „in propria ... utilitate“.

<sup>29</sup> Ein weiterer prominenter Streit betrifft daneben die Bedeutung und Reichweite der von Justinian in Cod. 4, 29, 23, 2 für die Interzession eingeführten Formvorschrift; vgl. hierzu etwa Girtanner, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte*, Bd. I (1850), S. 259 ff. m.w.N. – Zum Verzicht im mittelalterlichen Recht generell Edmond Meynial, *Des renonciations au Moyen âge et dans notre ancien droit*, RHD 24 (1900), 108; RHD 25 (1901), 241; 657; RHD 26 (1902), 49; 649; RHD 28 (1904) 698.

jeweils die Frage, welche rechtstatsächlichen Erkenntnisse die behandelten Quellen liefern.

## II. Der Verzicht auf das SC Velleianum im römischen Recht

### 1. Klassik

Die in Dig. 16, 1 und Cod. 4, 29 überlieferte klassische Kasuistik gibt vor allen Dingen aber auch Aufschluss darüber, in welchen Konstellationen und nach welchen Grundsätzen Ausnahmen von der Anwendung des SC Velleianum gemacht wurden. Insbesondere stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob eine Frau bereits nach klassischem Recht wirksam darauf verzichten konnte, die Rechtsfolgen aus dem SC Velleianum geltend zu machen.<sup>30</sup>

Zahlt sie etwa in Kenntnis der Rechtslage auf ihre einredebehaftete Interzessionsverbindlichkeit, kann sie das Geleistete danach nicht mehr mit der *condictio indebiti* zurückfordern, was in der Sache einem Verzicht der Frau gleichkommt.<sup>31</sup> Zahlt sie hingegen in Unkenntnis der Rechtslage, kann sie das Geleistete grundsätzlich vom Gläubiger kondizieren, da ihr die Einrede des SC Velleianum in ihrem eigenen Interesse eingeräumt wird (und nicht als Sanktion gegen den Gläubiger).<sup>32</sup> Will die Frau in diesem Fall aber nicht gegen den Gläubiger vorgehen – weil sie diesen vielleicht nicht mehr für zahlungskräftig hält –, so kann sie nach Paulus hierauf verzichten und stattdessen vom Hauptschuldner im Wege des Regresses mit der *actio mandati contraria*<sup>33</sup> den Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen, sofern sie diesem Sicherheit leistet.<sup>34</sup>

Hat die Frau allerdings noch nicht gezahlt, ist sie aber bereit, sich auf die Klage des Gläubigers einzulassen, damit nicht der Hauptschuldner in Anspruch genommen wird, so hält Pomponius dies für zulässig: Die Frau muss jedoch dem Gläubiger vor dem Prätor (in iure) Sicherheit dafür leisten, dass sie die Einrede aus dem SC Velleianum nicht erheben wird, und sich dann vor dem Richter entsprechend einlassen.<sup>35</sup>

Im Ergebnis kann die Frau somit zwar nicht allgemein auf die ihr zustehende Einrede verzichten, aber zumindest unter engen Voraussetzungen eine ähnliche Wirkung erzielen.<sup>36</sup>

### 2. Nachklassik

Während das klassische Recht noch keinen anfänglichen Verzicht der Frau auf die Einrede des SC Velleianum kennt, sieht Justinian einen solchen Verzicht unter bestimmten Umständen ausdrücklich vor:<sup>37</sup> Cod. 5, 35, 3 (aus dem Jahre 530) erlaubt der Mutter, beim Tod des Vaters die Vormundschaft (*tutela*) über ihre (natürlichen)<sup>38</sup> Kinder zu übernehmen, macht dafür aber unter anderem zur Voraussetzung, dass sie zuvor förmlich auf die Rechtsfolgen des SC Velleianum verzichtet.<sup>39</sup> Die gleiche Voraussetzung gilt nach Nov. 94, 2 (aus dem Jahre 539)<sup>40</sup> für die Übernahme der Pflegschaft (*cura*) durch die Mutter bzw. nach Nov. 118, 5 (aus dem Jahre 543)<sup>41</sup> für die Übernahme der Vormundschaft (*tutela*) durch die Mutter oder Großmutter.<sup>42</sup>

re debet exceptione se non usuram et sic ad iudicem ire.“ Zur Echtheit Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 48 f.

<sup>36</sup> Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 49 f.; Kaser, Privatrecht, Bd. I (1971), § 156, S. 667 Fn. 10; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 97 f.; – a.A. Vogt, Studien (1952), S. 71 f., der hierin kein klassisches, sondern justinianisches Recht sieht.

<sup>37</sup> Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 76; Waldstein, Festschrift Muth (1983), S. 559, 563 f.; Díaz Bautista, RIDA 30 (1983), 81, 91 f.; Beaucamp, Le statut de la femme à Byzance, Vol. I (1990), S. 77 Fn. 142, S. 334 ff.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 155. – Dagegen betrifft Cod. 4, 29, 21 (Anast.) nach h.M. noch den Verzicht der Frau auf ein Pfandrecht, so Vogt, Studien zum SC Velleianum (1952), S. 11 f.; Kreller, Anzeiger der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, phil.-hist. Klasse 93 (1956), S. 1, 9; Medicus, a.a.O., S. 100; Beaucamp, a.a.O., S. 72 f.; – a.A. wohl Kaser, Privatrecht, Bd. II (1975), § 279, S. 462, der insoweit einen Verzicht auf den Schutz des SC Velleianum annimmt.

<sup>38</sup> Hinsichtlich der legitimen Kinder lässt (jedenfalls) schon Cod. 5, 35, 2 pr. (Theod. et Arcad.) aus dem Jahre 390 die Mutter als deren Vormund zu. Die teilweise vertretene Ansicht, dass dies so bereits im klassischen Recht möglich gewesen sei, wird von der h.M. jedoch abgelehnt, vgl. Kaser, Privatrecht, Bd. I (1971), § 85 I, S. 353 Fn. 4; Bd. II (1975), § 232 III 2, S. 227 Fn. 30; Beaucamp, Le statut de la femme à Byzance, Vol. I (1990), S. 325 ff.; Tiziana J. Chiussi, Zur Vormundschaft der Mutter, ZRG RA 111 (1994), 155, 191 ff. jeweils m.w.N.

<sup>39</sup> Cod. 5, 35, 3 pr. (Iust.): „Si pater ... naturalibus liberis ... tutorem non reliquerit, mater autem voluerit eorum, sive masculi sunt sive feminae, subire tutelam, ad exemplum legitimae subolis liceat ei hoc facere, quatenus actis sub competenti iudice intervenientibus iuramentum antea praestet, quod ad nuptias non perveniat, sed pudicitiam suam intactam conservet et renuntiet senatus consulti Velleiani praesidio omnique alio legitimo auxilio suamque substantiam supponat.“

<sup>40</sup> Nov. 94, 2 = Auth. 92, 2, vgl. Heimbach (Hrsg.), Authenticum, Vol. II (1851), S. 751, 752: „... Propterea igitur sancimus, aliam quidem observationem, quam in matribus observamus, valere secundum prius schema, et abrenunciare eas et Velleiano senatusconsulto et omni auxilio, et omnia agere, quae prius decreta sunt, iusiurandum vero non praeberi, sed sufficere abrenuntiatione sola, et aliorum omnium, et de secundis nuptiis, nullo iureiurando de hoc dando ...“.

<sup>41</sup> Nov. 118, 5 = Auth. 113, 5, vgl. Heimbach (Hrsg.), Authenticum, Vol. II (1851), S. 897: „... Mulieribus enim etiam nos interdiximus tutelae subire officium, nisi mater aut avia fuerit. His enim solis secundum hereditatis ordinem et tutelam subire permittimus, si inter gesta et nuptiis aliis et auxilio Velleiani senatusconsulti renuntiant.“

<sup>42</sup> Kaser, Privatrecht, Bd. II (1975), § 232 III 2, S. 227 f.; Díaz Bautista,

<sup>30</sup> Vogt, Studien zum SC Velleianum (1952), S. 69 ff.; Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 45 ff.; Talamanca, Labeo 4 (1958), 99, 106 f.; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 92 ff.

<sup>31</sup> Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 31 f., 45; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 45, 92 f.

<sup>32</sup> Marcian. Dig. 12, 6, 40 pr.: „Qui exceptionem perpetuam habet, solum per errorem repetere potest: sed hoc non est perpetuum. nam si quidem eius causa exceptio datur cum quo agitur, solum repetere potest, ut accidit in senatus consulto de intercessionibus: ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solum non repetitur ...“.

<sup>33</sup> Zur *actio mandati contraria* vgl. Kaser, Privatrecht, Bd. I (1971), § 134 V 3, S. 580; Kaser/Knütel, Privatrecht, 19. Aufl. (2008), § 44 Rn. 10.

<sup>34</sup> Paul. Dig. 16, 1, 31: „Si mulier quod ex intercessione solvit nolit repetere, sed mandati agere et cavere velit de indemnitate reo, audienda est.“ Hierzu Medicus, Geschichte des SC Velleianum (1957), S. 46 ff. mit Zweifeln an der Echtheit der Voraussetzung einer Sicherheitsleistung, aber ohne Bedenken hinsichtlich des sonstigen Inhalts dieses Fragments; Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften (1999), S. 93 ff.

<sup>35</sup> Pomp. Dig. 16, 1, 32, 4: „Si mulier pro eo, pro quo intercesserit, iudicium parata sit accipere, ut non in veterem debitorem actio deatur: quoniam senatus consulti exceptionem opponere potest, cave-

### III. Der Verzicht auf das SC Velleianum in der mittelalterlichen Rezeption

#### 1. Glossatoren

Die Glossatoren orientieren sich bei der Behandlung des SC Velleianum grundsätzlich sehr eng am römischen Recht.<sup>43</sup> Eine wesentliche Fortentwicklung durch die Glossatoren stellt aber vor allem die Möglichkeit eines fakultativen Verzichts dar.<sup>44</sup> Ausgangspunkt ist dabei die Regelung Justinians in Cod. 5, 35, 3, dass Frauen nur dann ausnahmsweise die Vormundschaft (tutela) über ihre Kinder übernehmen können, wenn sie zuvor unter anderem auf die Rechtsfolgen des SC Velleianum zwingend verzichtet haben.<sup>45</sup>

Aus der Erwägung, dass das SC Velleianum eine Rege-

RIDA 30 (1983), 81, 92; Beaucamp, *Le statut de la femme à Byzance*, Vol. I (1990), S. 334 ff., 335.

<sup>43</sup> Vgl. hierzu Girtanner, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte*, Bd. I (1850), S. 258 ff.; Pierre de Tourtoulon, *Le Velléien chez les Glossateurs*, in: *Études d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard par ses élèves*, Tome I (1912), S. 417, 422 ff.; Frank Theisen, *Die Bedeutung des SC Velleianum in der Rechtspraxis des Hochmittelalters*, ZRG RA 122 (2005), 103, 123 ff.

<sup>44</sup> Vgl. etwa die Zusammenfassung der Ausnahmen zum SC Velleianum bei Accursius, *Glossa ordinaria*, Vol. 10, S. 214, Gl. cessante ad Cod. 4, 29, 25: „cessat ergo Velleianum favore dotis: ut hic et supra e. l. si dotare [Cod. 4, 29, 12]. item libertatis favore: ut supra l. proxi. [Cod. 4, 29, 24]. item si renunciet: ut ff. e. l. fi. § pe. [Dig. 16, 1, 32, 4]. item si accipiat precium pro intercessione: ut supra l. antiquae [Cod. 4, 29, 23]. item si decipiat: ut ff. e. l. si decipiendi [Dig. 16, 1, 30]. item si secundo caveat: ut supra e. l. si mulier [Cod. 4, 29, 22]. unde versus casibus in senis mulier spondendo tenetur. pro libertate, pro dote, renunciet: et si decipiat, precium capiat, caveatque secundo. item septimo si in rem suam: ut ff. e. l. aliquando [Dig. 16, 1, 13] et supra e. l. ii in fi. [Cod. 4, 29, 2]. item si successit ei pro quo intercessit: ut ff. e. l. quamvis § plane si mihi [Dig. 16, 1, 8, 13]. potest addi et nonus: ut si mulier intercessit pro me in decem, solvi ei praedicta decem. si conveniatur ex fideiussione non opponet exceptionem ut ff. e. l. si mulier contra senatusconsultum Velleianum etc. [Dig. 16, 1, 16].“ Nahezu identisch bis auf die fehlende neunte Konstellation a.a.O., Vol. 7, S. 486, Gl. ne pro ullo ad Dig. 16, 1, 1 pr.

<sup>45</sup> Placentinus, *Summa*, vorliegend verwendete Ausgabe: Moguntiae (1536), ad Cod. 5, 35; Azo, *Summa*, vorliegend verwendete Ausgabe: Augustae Taurinorum (1966), S. 198 linke Sp., ad Cod. 5, 35: „Regulariter femina non potest esse tutrix quia hoc officium virile est. ... per Codicem tamen impetrare potest a iudice tutelam legitimorum filiorum et naturalium tantum si mater fuerit maior et impuberi non sit tutor testamentarius vel legitimus vel etiam sit, sed excusetur, velut suspectus removeatur. Item oportet mulierem renunciare senatusconsulti Velleiani praesidio omnique alio legitimo auxilio, et suam substantiam filiis supponere, ut e. l. ul. et pe. [Cod. 5, 35, 3 et 2]. Hodie autem praefertur omnibus tutoribus legitimis et dativis sed non testamentariis et permittitur matri et aviae subire tutelam secundum ordinem ut primo mater postea avia admittatur. nec habet necesse iurare quod non convolet ad nuptias secundas sed debet renunciare nuptiis secundis simplici verbo, et auxilio senatusconsulti Velleiani et omni alio auxilio, ut si forte quandoque occasione tutelae pro pupillo se obligaverit, non innetur, alioquin non contraherent homines cum ea, quod impuberi noceret. ...“ ders., *Lectura*, ad Cod. 5, 35, 3, N° 1 f.; Accursius, *Glossa ordinaria*, Vol. 10, S. 303, Gl. Velleiani ad Nov. 118, 5 (zusammen mit Nov. 94, 2) vor Cod. 5, 35, 3: „et omni alio auxilio, ut in auth. ut sine prohibitione matres § quia vero [Nov. 94, 2]. quae renunciatio quo ad matrimonium non valet, ut in praedicto §, sed quo ad Velleianum sic, ut ff. ad Velleianum l. fi. § pe. [Dig. 16, 1, 32, 4]. sed quibus haec prodest renunciatio cum pro nemine fideiubeat, sed pro se, ar. supra ad Velleianum l. si mater in princ. [Cod. 4, 29, 6 pr.]. Respondeo cum creditoribus pupilli promittit, pro pupillo intercedere videtur. ...“ a.a.O., Gl. auxilio ad Cod. 5, 35, 3: „ut in auth. de nuptiis § si vero mulier coll. iv [Nov. 22, 40] et in auth. ut sine prohibitione matres debitorum et creditrices § quia vero [Nov. 94, 2]. et facit hoc ad generalem renunciationem, ut no. ff. si quis cautionibus l. sed et si § quaesitum [Dig. 2, 11, 4, 4].“

lung zum Vorteil der Frau (suo favore) sei, folgert Azo, dass sie hierauf auch verzichten könne, wie etwa in Dig. 16, 1, 32, 4. Voraussetzung für die Gültigkeit eines solchen Verzichts ist nach Azo aber, dass die Frau dabei von diesem Schutz wusste (sciebat se tutam), sei es durch eine Belehrung des Gläubigers oder auf andere Weise. Hat sie in Unkenntnis hiervon auf das SC Velleianum oder auf jeden gesetzlichen Schutz (omni legali auxilio) verzichtet, wird sie gleichwohl geschützt, da ein allgemeiner Verzicht sich nicht auf das erstreckt, was sie nicht gekannt oder bedacht hat. Der Gläubiger profitiert also nur dann von einem Verzicht der Frau, wenn jeder der beiden wusste, dass das SC Velleianum grundsätzlich greift.<sup>46</sup> Ähnlich äußert sich Accursius, der dabei betont, dass aus dem Verzicht nicht immer auf eine entsprechende Belehrung der Frau geschlossen werden könne und im Zweifel von ihrer Unkenntnis auszugehen sei.<sup>47</sup>

Darüber hinaus thematisieren die Glossatoren die Interzession bzw. den Verzicht einer minderjährigen Frau bei der Diskussion der Authentica Sacramenta puberum. Nach diesem Gesetz von Kaiser Friedrich I. Barbarossa (1155) kann ein Minderjähriger (minor) durch eidliche Bekräftigung wirksam auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (restitutio in integrum) verzichten.<sup>48</sup> Lei-

<sup>46</sup> Azo, *Summa*, S. 137 linke Sp., ad Cod. 4, 29: „Cessat hic senatusconsultum cum mulier renunciavit auxilio senatusconsulti, ut ff. e. l. ul. § pe. [Dig. 16, 1, 32, 4]. Est enim suo favore inducta haec exceptio. Et valet haec renuntiatio, cum mulier sciebat se tutam, puta certiorata a contrahente vel aliunde cognovit. Ceterum si nescivit et senatusconsulto Velleiano renunciavit vel omni legali auxilio nihilominus erit tuta, quia generalis renunciatio ad hoc, quod ipsa nescivit vel non cogitavit, non contrahitur, ut ff. de transactionibus l. cum Aquiliana [Dig. 2, 15, 5]. haec ergo renunciatio ad hoc, quod ipsa nescivit, in eo casu tantummodo creditori proficit, ubi uterque sciebat Velleianum succurrere. alias autem vel non tenet renuntiatio, quod est ubi ipsa ignoraverit se tutam senatusconsulto, vel alia ratione succurritur creditori, ...“

<sup>47</sup> Accursius, *Glossa ordinaria*, Vol. 7, S. 493, Gl. non usuram ad Dig. 16, 1, 32, 4: „nota quod potest renunciari huic senatusconsulto, ut hic et C. quando mulier tutelae officio fungi potest l. fi. [Cod. 5, 35, 3] et in auth. ut matres debitorum etc. § quia vero coll. v [Nov. 94, 2]. secus in Macedoniano, ut dixi supra ad Macedonianum l. tamen si [Dig. 14, 6, 11]. et hoc accipit si est certiorata de beneficio sibi competenti, alias non, ut supra de transactionibus l. cum Aquiliana [Dig. 2, 15, 5]. sed si renunciat, numquid semper praesumitur certiorata, arg. quod sic instituitur de fideiussoribus § fi. [Inst. 3, 20, 8] et de inutilibus stipulationibus § si scriptum [Inst. 3, 19, 17]. sed quid praesumemus in dubio, dicere potest quod cum ignoret leges, quod ei permittitur, ut C. de iuris et facti ignorantia l. fi. [Cod. 1, 18, 13], quod resignatio non valeat, secundum Iabol. sed forte hic secus, cum non sit hoc beneficium restringendum, ut arg. infra de liberis et postumis l. cum quidam [Dig. 28, 2, 19].“ a.a.O., Vol. 7, S. 466, Gl. si non opposita ad Dig. 14, 6, 11: „... sed in muliere certum est quod remittit. nam ex suo favore est inducta, ut infra ad Velleianum l. fi. § pe. [Dig. 16, 1, 32, 4] et supra de conditione indebiti l. qui exceptionem [Dig. 12, 6, 40].“ a.a.O., Vol. 10, S. 211, Gl. non ignorent ad Cod. 4, 29, 1: „... item nota quod ubicumque iuvatur, si renunciaverit, non excipitur: ut ff. eo. l. fi. § pe. [Dig. 16, 1, 32, 4] et ad Macedonianum l. tamen si [Dig. 14, 6, 11] et supra de pactis l. si quis in conscribendo [Cod. 2, 3, 29] et infra quando mulier tutelae officio fungi potest [Cod. 5, 35] auth. matri et aviae [Nov. 118, 5].“

<sup>48</sup> Meynial, RHD 25 (1901), 241, 246 ff.; Lucia Sorrenti, *L'Autentica 'Sacramenta puberum' nell'esegesi dei dottori bolognesi del Duecento*: Guizzardino e Iacopo Baldovini, RIDC 2 (1991), 69 ff.; Jan Hallebeek, *Actio ex Iuramento – The legal enforcement of oaths*, Ius Commune 17 (1990), 69, 73 ff.; ders., *A Commentary of Azo upon Authentica Sacramenta puberum*, TRG 60 (1992), 289 ff.; ders., *Symon Vicentinus' Quaestiones ad auth. Sacramenta Puberum*, RIDC 3 (1992), 93 ff.; ders., *The anonymous commentum ad*



stet die Minderjährige einen Eid, so ist sie mit Blick auf die Authentica Sacramenta puberum wie eine volljährige Frau zu behandeln, die wirksam auf das SC Velleianum verzichten kann, da es sich dabei um eine Regelung zugunsten der Frau handelt.<sup>49</sup>

Auch von der Praxis wird das SC Velleianum in der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts aufgegriffen und sein Schutz regelmäßig durch einen Verzicht der Frau abbedungen,<sup>50</sup> wie Theisen anhand der von ihm untersuchten stadtrömischen Urkunden nachweist.<sup>51</sup> In einem Fall etwa hatte eine Witwe auf die Geltendmachung des SC Velleianum verzichtet, um curatrix ihres Sohnes werden zu können.<sup>52</sup> Ansonsten handelt es sich bei den beurkundeten Geschäften fast durchwegs um die Veräußerung einer Liegenschaft durch den Ehemann mit Zustimmung der Frau, also eigentlich nicht um eine typische Interzession. Ganz überwiegend erklärt die Frau dabei nicht nur den Verzicht auf den Beistand des SC Velleianum (adiutorium senatusconsulti Velleiani), sondern ausdrücklich auch auf jedes Pfandrecht (omne ius hypothecarum seu pignorum), das ihr wegen ihrer güterrechtlichen Ansprüche aus Mitgift (dos) und sog. Eheschenkung (donatio propter nuptias)<sup>53</sup> zusteht. Das häufig formelhafte und pauschale Abbedingen des SC Velleianum – in Fällen, wo es mangels Interzession ohnehin nicht einschlägig gewesen wäre – weckt berechnete Zweifel, ob seine Tatbestandsvoraussetzungen sowie sein Sinn und Zweck überhaupt hinreichend verstanden wurden.<sup>54</sup> Im Vordergrund scheinen für die Praxis kautelarjuristische Erwägungen gestanden zu haben, auf jeden Fall einen lasten- und einredefreien Erwerb des Vertragspartners sicherzustellen und dabei für jede Eventualität

vorzusorgen, also auch für die hier an sich eher fernliegende Geltendmachung des SC Velleianum durch die Frau.<sup>55</sup>

Wie Urkunden aus Salerno zeigen,<sup>56</sup> setzen sich bis Mitte des 13. Jahrhunderts entsprechende Verzichtsklauseln selbst im Geltungsbereich des langobardischen Rechts durch, und dies nicht etwa nur wenn die beteiligte Frau nach römischem Recht lebt (secundum legem et Romanorum consuetudinem qua vivit),<sup>57</sup> sondern auch, wenn für sie langobardisches Recht gilt.<sup>58</sup> Auf der anderen Seite der Alpen hält die Verzichtserklärung ebenfalls Einzug in die notarielle Praxis, von der Provence (1192)<sup>59</sup> über Septimanie (1219)<sup>60</sup> bis hin nach Katalonien (1226)<sup>61</sup> im Westen sowie von Savoyen (1235)<sup>62</sup> über Flandern (1239)<sup>63</sup> und den Hennegau (1276)<sup>64</sup> bis nach Lütich (1294)<sup>65</sup> im Norden.<sup>66</sup> Bei alledem ist freilich immer zu berücksichtigen, dass der Gebrauch solcher Verzichts-

<sup>49</sup> 'Sacramenta puberum' in Ms. Salzburg UB M. III 98, Ius Commune 22 (1995), 35 ff.; Lange, Bd. I: Glossatoren (1997), S. 78 f. m.w.N.

<sup>50</sup> Vgl. Guizzardinus, ad Auth. Sacramenta puberum, Super contractibus, N° 26, hrsg. von Sorrenti, RIDC 2 (1991), 69, 95 (Appendice), 112 f. linke Sp.: „Sed quid si mulier minor renunciavit Velleiano et iuravit? Respondeo quod tenet: nam si maior renunciasset, cum sit eius favore inductum, teneret, ut in praedicta l. qui exceptionem [Dig. 12, 6, 40] et ff. ad Velleianum l. ult. § penult. [Dig. 16, 1, 32, 4] et C. quando mulier tutelae officio fungi potest l. ult. [Cod. 5, 35, 3].“ Ferner Symon Vicentinus, ad Auth. Sacramenta puberum, Super contractibus, Qu. 38, hrsg. von Hallebeek, RIDC 3 (1992), 93, 109 (Edition), 118: „Item quid si mulier minor pro alio intercessit et iuravit? Respondeo: Non valebit, quia nec etiam maior tenebitur propter velleianum. Set si renunciavit et iuravit, teneret, quia maior renunciare potest ut ff. ad velleianum l. ult. § penult. [Dig. 16, 1, 32, 4], cum sit sui favore inducta. Sic et minor renunciavit et iurans tenebitur. Sy.“ Sowie Accursius, Glossa ordinaria, Vol. 11, S. 474, Gl. super contractibus ad Lib. Feud. II, 53, § 3: „... Quid si mulier minor renunciaverit Velleiano et iuraverit. respondeo: tenet; nam si maior renunciasset, cum sit eius favore inductum, teneret, ut in praedicta l. qui exceptionem [Dig. 12, 6, 40] et ff. ad Velleianum l. ult. § pe. [Dig. 16, 1, 32, 4] et C. quando mulier officio tutelae fungi l. ult. [Cod. 5, 35, 3].“ – Hallebeek, Ius Commune 17 (1990), 69, 77; ders., RIDC 3 (1992), 93, 96, 104.

<sup>51</sup> Als ältester überlieferter Verzicht in Italien gilt eine Urkunde vom 11. August 1155, Historiae patriae Monumenta, Vol. 6: Chartarum Tomus II (1853), Nr. 260, Sp. 298: „... abrenuncio iuri hypothecario et senatus consulto velleiani.“

<sup>52</sup> Theisen, ZRG RA 122 (2005), 103, 113 ff., 135 ff. m.w.N.

<sup>53</sup> Theisen, ZRG RA 122 (2005), 103, 114 f., 135 (unter Nr. 3).

<sup>54</sup> Zum Begriff Kaser, Privatrecht, Bd. II (1975), § 224, S. 193 ff.; Kaser/Knütel, Privatrecht, 19. Aufl. (2008), § 59 Rn. 29 ff.; Henrike Schlei, Schenkungen unter Ehegatten – Zu ihrer Behandlung nach römischem Recht und in der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit Ausblicken auf das geltende Recht (1993), S. 83 ff.

<sup>55</sup> Theisen, ZRG RA 122 (2005), 103, 114 f., 120, 123.

<sup>56</sup> Theisen, ZRG RA 122 (2005), 103, 123. Ähnlich Meynial, RHD 24 (1900), 108, 109 zur generellen zeitgenössischen Praxis der Notare, alle erdenklichen Verzichtsklauseln ohne näheres Verständnis ihrer eigentlichen Bedeutung aufzunehmen, um nur ja jeden erdenklichen Einwand gegen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts auszuschließen.

<sup>57</sup> Zu entsprechenden Urkunden aus der Lombardei und der Romagna vgl. Theisen, ZRG RA 122 (2005), 103, 115 f., 121 ff. m.w.N.

<sup>58</sup> Carlo Carucci, Codice diplomatico salernitano del secolo XIII, Vol. I (1931), Nr. 104 (1240), S. 199, 201: „Suprascripta fecit ipsa Bonabindura secundum legem et Romanorum consuetudinem qua vivit, renunciando omni legum auxilio et specialiter velleiano, certiorata se posse eodem velleiano auxilio adiuvari.“ Vgl. ferner a.a.O., Nr. 175 (1264), S. 312, 313.

<sup>59</sup> Carucci, Codice diplomatico salernitano, Vol. I (1931), Nr. 130 (1250), S. 236, 238 f.: „Preterea Seclgaita, uxor ipsius David, ad aram accedens presencia, cum voluntate et auctoritate ipsius David viri sui, sub cuius mundio esse videbatur, eam venditionem et traditionem ratam et firmam habuit, renunciavit etiam super omnibus beneficiis restitutionis in integrum, et omni actioni et legum auxilio, et specialiter legi velleiani, qua certificata est se posse in hoc ipsius legis auxilio adiuvari et confesa se in hac venditione, traditione et obligatione nullam violenciam fore passam.“ Vgl. ferner a.a.O., Nr. 139 (1252), S. 253, 254; Nr. 153 (1255), S. 276, 277; Nr. 163 (1259), S. 290; Nr. 169 (1262), S. 301, 303. Zum Verhältnis von römischem und langobardischem Recht in Salerno vgl. Francesco Calasso, Introduzione al diritto comune (1951), S. 268 ff., 275 f.

<sup>60</sup> Marie-Louise Carlin, La pénétration du droit romain dans les actes de la pratique provençale (XIe-XIIIe siècle) (1967), S. 128 ff. m.w.N., 145: Arles (1192), Avignon (1192), Nizza (1212) u.a.

<sup>61</sup> Jean Hilaire, Le régime des biens entre époux dans la région de Montpellier du début du XIIIe siècle à la fin du XVIe siècle (1957), S. 127 Fn. 4 m.w.N.

<sup>62</sup> E. de Hinojosa, La réception du droit romain en Catalogne, in: Mélanges Hermann Fitting, Tome II (1908), S. 391, 400 f. Fn. 28 m.w.N.; Arcadio Larraona/Arturo Tabera, El derecho Justiniano en España, Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma 17-27 aprile 1933): Bologna, Vol. II/2 (1935), S. 83, 142.

<sup>63</sup> Pierre Duparc, La pénétration du droit romain en Savoie (première moitié du XIIIe siècle), RHD 43 (1965), 22, 56, 58 m.w.N.

<sup>64</sup> Dirk Heirbaut, Afstand van romeinsrechtelijke excepties in Vlaanderen, in: Studies in honour of Eltjo J.H. Schrage (2010), S. 177, 181 f. m.w.N. – also nicht erst im Jahr 1263, so noch John Gilissen, L'apparition des renonciations aux exceptions de droit romain dans le droit flamand au XIIIe siècle, RIDA 4 (1950), 513, 536 m.w.N.; ders., Le statut de la femme dans l'ancien droit belge, Recueils de la Société Jean Bodin, Vol. 12 (1962), S. 255, 274.

<sup>65</sup> Fernand Vercauteren, Note sur l'apparition des renonciations aux exceptions de droit romain dans les principautés belges au XIe-XIIe siècle, in: Études historiques à la mémoire de Noël Didier (1960), S. 325, 328 m.w.N.

<sup>66</sup> Vercauteren, Études Didier (1960), S. 325, 336 m.w.N.

<sup>67</sup> Vgl. ferner die Übersichten bei Vercauteren, Études Didier (1960), S. 325, 340; Carlin, La pénétration du droit romain dans les actes de

klauseln viele Interpretationsmöglichkeiten zulässt, wie etwa Duparc pointiert feststellt:<sup>67</sup>

„Cependant la renonciation est un témoignage ambigu. Contient-elle une reconnaissance implicite de l'usage ou de la supériorité du droit romain? Est-elle plutôt un refus d'admettre le nouveau droit? Le notaire l'introduit-il dans les actes pour faire échec à un recours éventuel à des exceptions tirées du droit romain? ou pour faire preuve simplement de ses connaissances? Manifestation tout extérieure, témoignage peu sûr, ces caractères ont déjà été reconnus aux renonciations. Il n'en reste pas moins qu'elles jalonnent certains progrès dans la connaissance du droit romain, et qu'elles en constituent des positions avancées.“

Aus der entsprechenden Verzichtserklärung kann weder die eindeutige Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Geltung des SC Velleianum stillschweigend vorausgesetzt, noch dass sie – umgekehrt – von vornherein abgelehnt wurde. Sicher belegen lässt sich somit letztlich nur, dass sich die notarielle Praxis mit dem SC Velleianum auseinander gesetzt hat.

Diese Mehrdeutigkeit lässt sich auch anhand einer Verzichtsklausel aus Utrecht (1258) schön veranschaulichen, die bei der Übertragung bestimmter Zehnten durch ein Ehepaar verwendet wird:<sup>68</sup>

„[man en vrouw] renunciaverunt ... omni iuris auxilio canonici et civilis; [vrouw] renunciavit specialiter et expresse privilegio dotis et omni auxilio et beneficio pro mulieribus introducto.“

Einigkeit besteht noch dahin gehend, dass sich die Wendung *beneficio pro mulieribus introducto* mit großer Wahrscheinlichkeit auch auf das SC Velleianum bezieht.<sup>69</sup> Ob allerdings die zugrunde liegende Übertragung von Zehnten überhaupt eine tatbestandliche Interzession der Frau im eigentlichen Sinn darstellt, erscheint schon wieder zweifelhaft.<sup>70</sup> Folglich wird einerseits ein tatsächlicher Verzicht der Frau auf das SC Velleianum angenommen,<sup>71</sup> während andererseits hierin eher eine Stilübung gesehen wird, für die aber eben auch kautelarjuristische Erwägungen eine Rolle gespielt haben können.<sup>72</sup> Wie Hermesdorf hinsichtlich der in den Urkunden des Stifts Utrecht verwendeten Verzichtsklauseln insgesamt feststellt, werden nicht nur römisch-rechtliche Einreden abbedungen, sondern auch Einreden des kanonischen Rechts und sogar des heimischen Gewohnheitsrechts.<sup>73</sup> Die vor allem im Anschluss an Meynial vertretene These, dass Ver-

zichtsklauseln von der Praxis – mehr oder weniger bewusst – als Abwehrinstrument gegen das Eindringen römisch-rechtlicher Institute (wie insbesondere das SC Velleianum) eingesetzt wurden,<sup>74</sup> vermag daher wenig zu überzeugen, wenn im selben Atemzug selbst das eigene Gewohnheitsrecht (*consuetudo*) derogiert wird,<sup>75</sup> um einen in jeder Hinsicht einredefreien Erwerb sicherzustellen.<sup>76</sup>

## 2. Kommentatoren

Die Kommentatoren übernehmen im Wesentlichen die Positionen der Glosse zum Verzicht auf das SC Velleianum.<sup>77</sup> Ausschlaggebend ist dabei für die Kommentatoren ebenfalls, dass es sich um eine Regelung zugunsten der Frau handelt, die es im Übrigen selbst in der Hand hat, ob sie überhaupt die Einrede geltend macht oder nicht.<sup>78</sup>

Wie Albericus de Rosate allerdings berichtet, wird diese Ausnahme von den Ultramontanen, das heißt den Vertretern der französischen Rechtsschule,<sup>79</sup> in Zweifel gezogen, da es zum einen schon keine normierte Rechtsgrundlage für einen einfachen Verzicht gebe. Zum anderen schlage dieselbe *fragilitas sexus*, die der Interzession zugrunde liegt, auch auf den Verzicht durch.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> Meynial, RHD 24 (1900), 108, 111: „l'arme principale de la résistance“. Ferner Spruit, Huldigingsbundel van Warmelo (1984), S. 194, 202: „een werkzame tegenkracht“.

<sup>75</sup> Hermesdorf, TRG 32 (1964), 396, 429, Nr. VI (1259): „renunciantes omni iuri, defensionibus, exceptionibus, consuetudinibus“; 429, Nr. X (1269): „renunciamus etiam omni exceptioni, privilegio exemptionis habito vel habendo et omni auxilio iuris canonici et civilis sive observancie regularis sive consuetudini, per que vel aliquod istorum contra premissa venire possemus vel aliquatenus nos tueri“; 432, Nr. XXV (1287): „ac renunciantes expresse omni exceptioni, defensionibus vel auxilio iuris canonici vel civilis seu consuetudini, per que vel per quorum aliquid contra premissa possemus in posterum nos tueri“. Vgl. ferner die Verzichtsklausel in einer Urkunde aus dem Hennegau (1281) bei Vercauteren, *Études Didier* (1960), S. 325, 329 m.w.N.: „a toutes exceptions de fraude, de boisdie, a toute aiwe de droit et de court laie, a tout bénéfice ou indulgence de crois prise ou a prendre, a toute coustume de loi et de pais“.

<sup>76</sup> Hermesdorf, TRG 32 (1964), 396, 419 ff., 423 f.

<sup>77</sup> Vgl. etwa auch die unmittelbare Bezugnahme auf die Zusammenfassung der Ausnahmen in der Glosse (s.o., Fn. 44) bei Bartolus de Saxoferrato, *Commentaria*, vorliegend verwendete Ausgabe: Augustae Taurinorum (1574), ad Cod. 4, 29, 25, N° 1: „Quaerit gl. in quibus casibus cessat Velleianum. Gl. ponit sex. et de his ponit versus. addit gl. duos alios casus.“ Baldus de Ubaldis, *Commentaria*, vorliegend verwendete Ausgabe: Venetiis (1577), ad Dig. 16, 1, 1: „... No. hic glo. magnam, quae ponit octo casus, in quibus mulier non iuvatur Velleiano. est et nonus casus, ut no. per gl. C. eo. l. fi. [Cod. 4, 29, 25].“

<sup>78</sup> Bartholomaeus Salicetus, *Opera Omnia*, vorliegend verwendete Ausgabe: Francofurti (1615), Vol. II, ad Cod. 4, 29, 25, N° 3; Vol. V, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 3; Angelus Aretinus, *Commentaria*, vorliegend verwendete Ausgabe: Venetiis (1574), ad Inst. 4, 13, 5, N° 33; Paulus Castrensis, *Commentaria*, vorliegend verwendete Ausgabe: Venetiis (1582), ad Cod. 4, 29, N° 1.

<sup>79</sup> Zum Gebrauch dieses Begriffs bei Albericus de Rosate vgl. Hermann Lange/Maximilian Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter*, Bd. II: Die Kommentatoren (2007), S. 6 f., 274 f., 353.

<sup>80</sup> Albericus de Rosate, *Commentarii*, vorliegend verwendete Ausgabe: Venetiis (1585/86) = unveränderter Nachdruck, *Opera iuridica rariora*, Vol. 21-29 (1974 ff.), ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 6: „Quaerunt ultramontani, an sit verum, quod mulier in contractu possit renunciare velleiano. et dicunt quod non est lex in mundo quae hoc dicat, et tenent quod renunciare non possit velleiano, et succurritur fragilitati mulierum, ut supra e. l. 2 § verba [Dig. 16, 1, 2, 2] ne decipiantur: sed si liceret eis indifferenter renunciare, ita deciperentur de facili renunciazione propter sexus fragilitatem, sicut in contractibus, et sic nulla esset utilitas senatusconsulti.“

la pratique provençale (1967), S. 147: Burgund (1249), Paris (1256-64), Toulouse (1268), Normandie (1277) u.a.

<sup>67</sup> Duparc, RHD 43 (1965), 22, 53.

<sup>68</sup> B.H.D. Hermesdorf, *Renuntiaties in het Utrechts Oorkondenboek*, TRG 32 (1964), 396, 428, Nr. V (1258).

<sup>69</sup> Hermesdorf, TRG 32 (1964), 396, 413 f.; Spruit, Huldigingsbundel van Warmelo (1984), S. 194, 202.

<sup>70</sup> Spruit, Huldigingsbundel van Warmelo (1984), S. 194, 201 f.: „geen intercessie in eigenlijke zin door de vrouw“; – a.A. Hermesdorf, TRG 32 (1964), 396, 414: „In zekere zin is hier een intercedere aanwijsbaar.“

<sup>71</sup> Hermesdorf, TRG 32 (1964), 396, 414: „Feitelijk doet de vrouw afstand van het beneficium van het s. c. Velleianum.“

<sup>72</sup> Spruit, Huldigingsbundel van Warmelo (1984), S. 194, 202.

<sup>73</sup> Hermesdorf, TRG 32 (1964), 396, 402 ff. bzw. 418 jeweils m.w.N.



Ähnlich kritisch gegenüber einem einfachen Verzicht äußern sich auch Vertreter der italienischen Rechtsschule.<sup>81</sup> Schon Butrigarius,<sup>82</sup> Cinus<sup>83</sup> und Albericus de Rosate<sup>84</sup> halten diese Ansicht der Ultramontanen bei buchstabengetreuer Rechtsanwendung eigentlich für die richtige, stellen aber fest, dass die gesamte Praxis der in der Glosse vertretenen Ansicht folgt. Selbst Bartolus<sup>85</sup> und Baldus<sup>86</sup> hegen deutliche Sympathien für den theoretisch richtigen Ansatz, räumen aber ein, dass sich durch die Gewohnheiten in der Praxis (*consuetudo*) die Zulässigkeit des Verzichts inzwischen einfach durchgesetzt habe.<sup>87</sup>

Voraussetzung für einen wirksamen Verzicht ist, wie schon nach der Glosse,<sup>88</sup> grundsätzlich eine entsprechende Belehrung (*certioratio*) der Frau über seine Folgen.<sup>89</sup> Dieses Erfordernis findet auch in der konsiliären Praxis seinen Niederschlag.<sup>90</sup>

Ein Verzicht der Ehefrau auf den Schutz der *Authentica Si qua mulier* (Nov. 134, 8) ist nach allgemeiner Auffassung grundsätzlich nicht möglich.<sup>91</sup> Albericus de Rosate<sup>92</sup> und Baldus<sup>93</sup> begründen dabei ihre ablehnende Haltung insbesondere unter Verweis auf Dig. 44, 5, 1, 5 mit der charakteristischen Nähebeziehung zwischen Mann und Frau, da die Regelung in Nov. 134, 8 gerade verhindern soll, dass eine Frau aus Furcht oder Liebe (*metu vel amo-*

<sup>81</sup> Vgl. Girtanner, *Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte*, Bd. I (1850), S. 263 ff.; Meynial, *RHD* 25 (1901), 657, 658 ff.

<sup>82</sup> Jacobus Butrigarius, *Lectura Codicis*, vorliegend verwendete Ausgabe: Parrhisiis (1516), post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8: „Modo quaero an renunciatio facta statim cum contrahit sibi praeiudicat indistincte? quidam quod sic per l. fi. § penulti. ff. e. [Dig. 16, 1, 32, 4]. Et haec est communis opinio: et ita servatur de consuetudine. Alii dicunt et magis aequae, scilicet quod aut statim tempore contractus renunciatur, et non tenet renunciatio. Aut ex intervallo, et tunc tenet: et est ratio: quia cum propter fragilitatem iuvetur mulier: ut supra e. l. si sine [Cod. 4, 29, 5] eadem fragilitate qua confert et se obligat: eadem fragilitate renunciaret. Praeterea idem videmus quando se obligat: quia statim sibi non praeiudicat: ut supra e. l. si mulier [Cod. 4, 29, 22]. et probatur per dictam legem fina. § penulti. ff. e. [Dig. 16, 1, 32, 4] quia ibi mulier volebat subire iudicium, et dicitur quod non potest nisi renunciare: ergo non renunciavit tempore contractus: sed iudicii.“

<sup>83</sup> Cinus de Pistoia, *Commentaria*, vorliegend verwendete Ausgabe: Francofurti ad Moenum (1578) = unveränderter Nachdruck (1964), ad Cod. 4, 29, 25, N° 4: „... sed in hoc advertit: quia tunc nostri Doctores dicunt indistincte valere et nocere renunciacionem. Iaco. de Rave. et sui sequaces, ut Pet. distinguit: aut renunciatur in ipso contractu, et tunc non valet ratio: quia istud beneficium Vell. ratione facilitatis mulierum fuit introductum, et sicut de facili intercedunt, ita de facili renunciarent, et ideo renunciari non potest: quia ex fragilitate sexus videtur incidere in renunciacionem: aut mulier renunciatur post contractum absolute ex intervallo: et tunc bene valeret, argum. supr. eod. si mulier [Cod. 4, 29, 22]. Ista sententia satis est aequa ... quia si bene respicias § illum pe. ff. eod. l. fin. [Dig. 16, 1, 32, 4] tu videbis ibi quod mulier renunciavit ex intervallo, et plus, quia coram iudice.“

<sup>84</sup> Albericus de Rosate, *Commentarii*, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 6: „forte opinio ultramontanorum stricto iure vera est: tamen totus mundus hodie servat opinionem huius glossae et aliarum quae ubique tenent velleiano posse renunciari, ...“

<sup>85</sup> Bartolus, *Commentaria*, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 1: „Not. quod exceptioni Velleiani potest renunciari, ut observat consuetudo, tamen in contrarium est veritas: beneficium enim Velleiani est inductum propter fragilitatem sexus muliebris, l. ii supra eo. [Dig. 16, 1, 2]. Nam eo ipso quod renunciatur, decipitur ut l. interdum supra de minoribus [Dig. 4, 4, 19] et quod no. in l. iubemus C. eo. [Cod. 4, 29, 21] ad quod l. doli § diversum infra de novationibus [Dig. 46, 2, 19]. Ita tenent doctores in l. fi. C. eo. [Cod. 4, 29, 25]. Non obstat haec lex, quia speciale est in renunciacione facta in iudicio, hic enim renunciavit in iudicio, et ex post facto.“

<sup>86</sup> Baldus, *Commentaria*, ad Dig. 16, 1, 32, 4: „... Ex hoc § no. quod mulier potest renunciare Velleiano Senatusconsulto, sed Doctores moderni tenent contrarium, dicentes quod mulier non potest renunciare Velleiano Senatusconsulto. ratio est, quia eo ipso quod mulier renunciatur Velleiano, decipitur, ut l. doli § diversum infra de novationibus [Dig. 46, 2, 19], supra de minoribus l. interdum [Dig. 4, 4, 19]. facit quod no. in l. si iudex circumvento eo. ti. [Dig. 4, 4, 41]. Ita tenent doctores in l. fi. C. eo. [Cod. 4, 29, 25]. Non obstat iste tex. quia loquitur de renunciacione facta in iudicio. tamen licet hoc sit verum de iure, tamen consuetudo est contrarium, cui est standum. In gl. sua in fi. circa hoc vide quod no. glo. et Doct. in l. sciendum infra de verborum obligationibus [Dig. 45, 1, 30].“ Vgl. ferner a.a.O., ad Dig. 16, 1, 32, 2, N° 2 f.

<sup>87</sup> Vgl. ferner Angelus de Ubaldis, *Lectura*, vorliegend verwendete Ausgabe: Lugduni (1534), ad Cod. 4, 29, 1, N° 2: „mulier potest renunciare beneficio senatusconsulti. et ista est communis opi. glo. et istud conservat consuetudo. tamen multi moderni tenent oppositum quod de iure renunciare non potest: quia hoc beneficium mu-

lieribus est concessum propter fragilitatem sexus. unde qua fragilitate inducte sunt ad contrahendum: eadem inducuntur ad renunciandum.“ ad Cod. 4, 29, 25, N° 1; Bartholomaeus Salicetus, *Opera Omnia*, Vol. II, ad Cod. 4, 29, 25, N° 4: „... Et est ratio, quia ex eadem fragilitate qua se obligat ex eadem renunciatur“; Vol. V, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 3; Angelus Aretinus, *Commentaria*, ad Inst. 4, 13, 5, N° 33: „... Et est ratio, quia ex eadem fragilitate, qua se pro alio obligat, eadem fragilitate renuntiat“.

<sup>88</sup> Siehe oben, Fn. 47.

<sup>89</sup> Jacobus Butrigarius, *Lectura Codicis*, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8; Albericus de Rosate, *Commentarii*, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 6; ad Cod. 4, 29, 23, N° 1; Bartolus, *Commentaria*, ad Cod. 4, 29, 25, N° 5; Baldus, *Commentaria*, ad Dig. 16, 1, 32, 2, N° 2; ad Dig. 16, 1, 32, 4; ad Cod. 4, 29, 1, N° 9; Angelus de Ubaldis, *Lectura*, ad Cod. 4, 29, 1, N° 2; Bartholomaeus Salicetus, *Opera Omnia*, Vol. II, ad Cod. 4, 29, 25, N° 4; Vol. V, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 4; Angelus Aretinus, *Commentaria*, ad Inst. 4, 13, 5, N° 33; Paulus Castrensis, *Commentaria*, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 8; ad Cod. 4, 29, 25, N° 5; Alexander Imolensis de Tartagnis, *Commentaria*, vorliegend verwendete Ausgabe: Lugduni (1551/52), ad Dig. 45, 1, 30, N° 29; Jason de Mayno, *Commentaria*, vorliegend verwendete Ausgabe: Augustae Taurinorum (1573), ad Dig. 45, 1, 30, N° 31. Zu Ausnahmen von diesem Grundsatz sowie Beweisfragen vgl. Alexander Imolensis, a.a.O., N° 30 ff. – Vgl. ferner Siete Partidas V, 12, 3; dazu Jesús Lalinde Abadía, *La recepción española del senado consulto Velleiano*, AHDE 41 (1971), 335, 360 f.

<sup>90</sup> Vgl. Baldus de Ubaldis, *Consilia sive Responsa*, vorliegend verwendete Ausgabe: Venetiis (1575) = unveränderter Nachdruck (1970), Vol. I, Cons. 4, N° 1; Vol. V, Cons. 193, N° 2; Bartholomaeus Socinus, *Consilia*, vorliegend verwendete Ausgabe: Lugduni (1545), Vol. II, Cons. 263, N° 14. Ferner Angelus de Ubaldis, *Lectura*, ad Cod. 4, 29, 1, N° 2, in fine: „... et ita praticant notarii.“

<sup>91</sup> Vgl. Jacobus de Arena, *Commentarii*, vorliegend verwendete Ausgabe: Lugduni (1541), ante Cod. 4, 29, 23 ad Nov. 134, 8, N° 2; Jacobus Butrigarius, *Lectura Codicis*, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8; Cinus de Pistoia, *Commentaria*, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8; Albericus de Rosate, *Commentarii*, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, N° 4; Baldus, *Commentaria*, ad Dig. 16, 1, 2 pr., N° 2; post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, N° 10; ad Cod. 4, 29, 23, 2, N° 2; Bartholomaeus Salicetus, *Opera Omnia*, Vol. II, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, N° 5; Angelus Aretinus, *Commentaria*, ad Inst. 4, 13, 5, N° 37; Paulus Castrensis, *Commentaria*, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, N° 2; Jason de Mayno, *Commentaria*, ad Dig. 45, 1, 30, N° 31.

<sup>92</sup> Albericus de Rosate, *Commentarii*, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, N° 4: „... pro hoc etiam est, quia si mulieres possent renunciare de facili semper renunciarent metu vel amore virorum arg. ff. quarum rerum actio non datur l. i § quae honorandae [Dig. 44, 5, 1, 5]. et ista auth. prodita esset in vacuum.“

<sup>93</sup> Baldus, *Commentaria*, ad Dig. 16, 1, 2 pr., N° 2: „Et no. quod isto casu, quando intercedit pro viro, non sufficit renunciare Velleiano, quia non habet beneficium Velleiani, sed beneficium nullitatis, cui dicunt quidam renunciari non posse, ut no. per Doc. C. eo. [Cod. 4, 29] auth. si qua mulier [Nov. 134, 8]. facit quod not. in l. i ne fideiussores dotium dentur [Cod. 5, 20, 1]. nam fideiussio ista est nulla propter dolum praesumptum, ut tangit hic gl. vel propter nimiam reverentiam, ergo renunciari non potest, ut no. in l. i § si onerandae infra quarum rerum actio non datur [Dig. 44, 5, 1, 5].“

re) bzw. aus Ehrfurcht (*propter nimiam reverentiam*) für ihren Ehemann interzediert.<sup>94</sup>

Diese aus dem *ius civile* abgeleiteten Grundsätze für den Verzicht können durch einen Eid der Frau in wesentlichen Zügen außer Kraft gesetzt werden, da dann Gesichtspunkte des kanonischen Rechts (*ius canonicum*) bezüglich der besonderen Bedeutung des Eides in den Vordergrund rücken.<sup>95</sup> Ein verbots- bzw. sittenwidriger Eid ist zwar auch nach kanonischem Recht grundsätzlich nicht bindend.<sup>96</sup> Allerdings wird im Anschluss an Dinus differenziert, ob das Verbot wegen der Unsittlichkeit der betreffenden Handlung (*propter turpitudinem sui*)<sup>97</sup> besteht oder ob es als Vorrecht bzw. zum Vorteil einer bestimmten Person (*in privilegium vel favorem personae*)<sup>98</sup> dient. Während im ersten Fall ein Eid keinerlei Wirkung entfaltet, ist im zweiten Fall ein Eid der begünstigten Person für diese bindend.<sup>99</sup>

Verzichtet demzufolge die Frau unter Eid auf das SC Velleianum, ist daher eine entsprechende Belehrung (*certioratio*) entbehrlich.<sup>100</sup> Selbst ein Verzicht auf den Schutz der Authentica *Si qua mulier* ist, wenn er eidlich erfolgt,

nach kanonischem Recht bindend.<sup>101</sup> Nach Albericus de Rosate räumen sogar die Ultramontanen als grundsätzliche Gegner jedweden vertraglichen Verzichts ein, dass ein solcher dann gültig ist, wenn er mit einem Eid verbunden ist.<sup>102</sup> Dieses Ergebnis stützen einige Kommentatoren zudem durch einen Vergleich mit der Rechtslage bei Minderjährigen (*minores*), wo nach der Authentica *Sacramenta puberum* (1155)<sup>103</sup> ein Minderjähriger durch eidliche Bekräftigung wirksam auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*restitutio in integrum*) verzichten kann.<sup>104</sup>

Prägnant umreißt Angelus Aretinus dieses Zusammenspiel von *ius civile*, *ius canonicum* und Gewohnheitsrecht. Vor Gericht ist ein Verzicht demnach ohne Weiteres gültig. Außergerichtlich bestehen ferner drei anerkannte Tatbestände: Zum ersten der für die Übernahme der Vormundschaft vorgeschriebene Verzicht nach Nov. 118, 5, zum zweiten der zeitliche Abstand von zwei Jahren zwischen Interzession und Verzicht sowie zum dritten der eidliche Verzicht. Ein gleichzeitig mit der Interzession erklärter Verzicht ist – obwohl an der Tagesordnung – an sich nach dem *ius civile* ungültig, da die Frau aus derselben fragilitas heraus verzichtet, deretwegen sie auch interzediert. Allerdings ist ein solcher außergerichtlicher Verzicht nach Gewohnheitsrecht anerkannt, vorausgesetzt dass die Frau entsprechend belehrt (und die modifizierte Form nach Cod. 4, 29, 23, 2 eingehalten)<sup>105</sup> wurde.<sup>106</sup> Um völlig sicherzugehen, empfiehlt Angelus de Ubaldis daher, in solchen Fällen insbesondere darauf zu achten, dass die Frau den Verzicht auf das SC Velleianum erklärt und dazu einen Eid schwört.<sup>107</sup>

<sup>94</sup> Zur grundlegenden Bedeutung von Dig. 44, 5, 1, 5 für die Entwicklung von *metus reverentialis* vgl. Stephan Wagner, *Metus reverentialis* – Von der Rezeption zur Kodifikation, OIR 12 (2008), 85, 89 f., 93 ff. m.w.N.

<sup>95</sup> Lib. Extra 2, 24, 9; 2, 24, 28; Lib. Sext. 1, 18, 2; 2, 11, 2. Vgl. Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, Bd. I (1850), S. 279 f.

<sup>96</sup> Lib. Sext. 5, 12, De regulis iuris, 58: „Non est obligatorium contra bonos mores praestitum iuramentum.“ Vgl. hierzu Dinus, De regulis iuris, vorliegend verwendete Ausgabe: Lugdunum (1530), ad Lib. Sext. 5, 12, De regulis iuris, 58: „... istud est generale quod iuramentum praestitum contra bonos mores vel contra leges non est obligatorium. ... quia quae contra bonos mores sunt, impossibilia reputantur de iure ... sed impossibilium nulla est obligatio ... ergo nec eorum quae sunt contra bonos mores.“

<sup>97</sup> Hierzu führt Dinus, De regulis iuris, ad Lib. Sext. 5, 12, De regulis iuris, 58 folgende Beispiele aus dem kanonischen Recht an: „... nec firmat rem, de qua agitur: ut supra de electionibus c. ubi [Lib. Sext. 1, 6, 3] et c. quia saepe contingit [Lib. Sext. 1, 6, 40] et de rebus ecclesiae non alienandis c. ii [Lib. Sext. 3, 9, 2].“

<sup>98</sup> Insoweit verweist Dinus, De regulis iuris, ad Lib. Sext. 5, 12, De regulis iuris, 58 auf folgende, aus dem Corpus Iuris Civilis abgeleiteten Verbote: „Sed opponitur et videtur quod iuramentum confirmat ea quae sunt de iure prohibita. ecce de iure prohibitum est rem minoris alienari: ut ff. de rebus eorum l. i [Dig. 27, 9, 1]; et tamen alienatio per iuramentum confirmatur: ut C. si adversus venditorem l. i [Cod. 2, 27 (28), 1] et in auten. sacramenta [Auth. Sacramenta puberum]. Item prohibita est de iure fundi dotalis alienatio: ut C. de rei uxoriae actione l. unica § et cum lex [Cod. 5, 13, 1, 15]; et tamen confirmatur per iuramentum mulieris: ut supra de iureiurando c. ii lib. vi [Lib. Sext. 2, 11, 2]. Item prohibetur valere pactum per quod filia dotata renuntiat futurae successioni paterna: ut C. de pactis l. pactum quod dotali [Cod. 2, 3, 15] et de collationibus l. pactum [Cod. 6, 20, 3], ff. de suis et legitimis heredibus l. ultima [Dig. 38, 16, 16]; et tamen confirmatur per iuramentum: ut supra de pactis c. ii lib. vi [Lib. Sext. 1, 18, 2].“

<sup>99</sup> Dinus, De regulis iuris, ad Lib. Sext. 5, 12, De regulis iuris, 58: „Sed dic aut sunt prohibita propter turpitudinem sui: et tunc iuramentum nihil operatur: ut hic et in iuribus supra allegatis ad idem. Aut in privilegium vel favorem personae: et tunc iuramentum illius personae, in cuius favorem inducitur prohibitio, est obligatorium et confirmat rem de qua agitur: ut in autenti. sacramenta [Auth. Sacramenta puberum] et supra de iureiurando c. ii [Lib. Sext. 2, 11, 2] et de pactis c. ii lib. vi [Lib. Sext. 1, 18, 2].“

<sup>100</sup> Bartholomaeus Salicetus, Opera Omnia, Vol. V, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 4; Angelus Aretinus, Commentaria, ad Inst. 4, 13, 5, N° 34; Paulus Castrensis, Commentaria, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 8; ad Cod. 4, 29, 25, N° 5; Alexander Imolensis, Commentaria, ad Dig. 45, 1, 30, N° 30; Jason de Mayno, Commentaria, ad Dig. 45, 1, 30, N° 31.

<sup>101</sup> Jacobus Butrigarius, Lectura Codicis, fol. 115 v, Renunciatio ad Nov. 134, 8; Albericus de Rosate, Commentarii, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, N° 4; Baldus, Commentaria, ad Dig. 16, 1, 2 pr., N° 3; post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, N° 10; ad Cod. 4, 29, 23, 2, N° 2; Paulus Castrensis, Commentaria, post Cod. 4, 29, 22 ad Nov. 134, 8, N° 2, 4.

<sup>102</sup> Albericus de Rosate, Commentarii, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 6: „Concedunt etiam ultramontani, quod si mulier renunciet in contractu cum sacramento quod teneat per authen. sacramenta [Auth. Sacramenta puberum] et pro hoc extra de iureiurando c. ex rescripto [Lib. Extra 2, 24, 9] et ibi per Inno. in ult. gl.“

<sup>103</sup> Zur Authentica Sacramenta puberum, s.o. Fn. 48.

<sup>104</sup> Angelus Aretinus, Commentaria, ad Inst. 4, 13, 5, N° 33 f.; Paulus Castrensis, Commentaria, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 8; Alexander Imolensis, Commentaria, ad Dig. 45, 1, 30, N° 30; – kritisch allerdings Bartholomaeus Salicetus, Opera Omnia, Vol. II, ad Cod. 4, 29, 25, N° 4; Vol. V, ad Dig. 16, 1, 32, 4, N° 4 f.

<sup>105</sup> Siehe oben, Fn. 29.

<sup>106</sup> Angelus Aretinus, Commentaria, ad Inst. 4, 13, 5, N° 33: „... Conclude ergo ex his, quod valet renunciatio Velleiani in iudicio ff. eo. l. fi. § pen. [Dig. 16, 1, 32, 4]. sed extra iudicium dic, quod potest renunciare tribus modis. Primo, in casu d. auth. matri et aviae [Nov. 118, 5]. Secundo, quando post intercessionem, et ante renuntiationem lapsus erat biennium. arg. d. auth. si qua mulier [Nov. 134, 8]. Tertio, quando iurat, ut in c. ex rescripto de iureiurando [Lib. Extra 2, 24, 9]. Alias vero si tempore, quo intercedit, renuntiat (ut quotidie fit) non valet renunciatio, quia ea fragilitate, qua intercedit, videtur renunciare, ut d. l. doli § diversum [Dig. 46, 2, 19]. Et hoc verum de iure, sed de consuetudine observatur, quod valet renunciatio, etiam extra iudicium, quando fuit certificata, etiam si non fuerit instrumentum subscriptum trino teste, ut requirere videtur tex. in d. l. antiquae § ne autem [Cod. 4, 29, 23, 2]. quia satis est, quod notarius ipse adhibeat testes et describat saltem duo testes. ...“

<sup>107</sup> Angelus de Ubaldis, Lectura, ad Cod. 4, 29, 23, 2: „Ut ergo evadas istas opiniones, sis semper cautus, qui contrahis cum muliere inter-

#### IV. Zusammenfassung

In der überlieferten Kasuistik des klassischen römischen Recht erklärt die Frau zwar nicht einen ausdrücklichen Verzicht auf die Einrede des SC Velleianum, sie kann aber eine ähnliche Wirkung erzielen, wenn sie etwa in Kenntnis der Rechtslage ihre Interzessionsverbindlichkeit erfüllt oder wenn sie bereit ist, sich auf die Klage des Gläubigers einzulassen, und bei Gericht eine entsprechende Sicherheit dafür leistet (Dig. 16, 1, 32, 4). Das nachklassische Recht sieht dann in Cod. 5, 35, 3 sogar zwingend einen ausdrücklichen Verzicht der Frau auf das SC Velleianum vor, wenn sie die Vormundschaft für ihre Kinder übernehmen will. Der Umstand, dass diese Voraussetzung auch in Nov. 94, 2 und Nov. 118, 5 wieder aufgegriffen wird, mag ein Indiz für ihre praktische Bedeutung sein.

Die mittelalterliche Rezeption setzt sich anhand dieser überlieferten Quellen mit der Verzichtbarkeit des SC Velleianum auseinander. Für die Glossatoren ist dabei zum einen ausschlaggebend, dass das römische Recht in Cod. 5, 35, 3 einen Verzicht auf das SC Velleianum (sogar zwingend) vorsieht. Zum anderen interpretieren sie das SC Velleianum als eine Regelung zugunsten der Frau (*suo favore*) und leiten daraus dessen grundsätzliche Disponibilität ab – unter der Voraussetzung einer entsprechenden Belehrung (*certioratio*) der Frau. Entsprechende Verzichtsklauseln auf das SC Velleianum sind in der notariellen Praxis ab der Mitte des 12. Jahrhunderts belegt. Die von der Forschung bislang ausgewerteten Urkunden zeigen, dass die Einrede des SC Velleianum häufig formelhaft abbedungen wird, obwohl es zweifelhaft erscheint, ob das zugrunde liegende Rechtsgeschäft überhaupt eine tatbestandliche Interzession der Frau darstellt. Für dieses Phänomen dürften in erster Linie kautelarjuristische Erwägungen eine Rolle spielen, einen einredefreien Erwerb sicherzustellen, insbesondere wenn im selben Atemzug auch Einreden des kanonischen Rechts und des heimischen Gewohnheitsrechts abbedungen werden.

Die Kommentatoren erkennen die seit der Glosse etablierte Verzichtbarkeit des SC Velleianum grundsätzlich an. Allerdings wird unter dem Einfluss der Ultramontanen hieran kritisiert, dass es keine Stelle im römischen Recht gebe, mit der sich ein einfacher, außergerichtlicher Verzicht belegen ließe. Vor allem aber schlage dieselbe *fragilitas sexus* der Frau, die schon der Interzession zugrunde liegt, grundsätzlich auch beim Verzicht durch. Gleichwohl räumen die Kommentatoren ein, dass sich durch Übung (*consuetudo*) in der Praxis die Zulässigkeit des Verzichts schlicht durchgesetzt hat. Das heißt, das Ergebnis der gelebten Rechtswirklichkeit wird über die theoretisch richtige Interpretation des römischen Rechts gestellt. Ein wirksamer Verzicht auf das SC Velleianum setzt dabei sowohl in der Theorie als auch in der konsiliaren Praxis der Kommentatoren eine Belehrung der Frau (*certioratio*) voraus. Ein Verzicht auf die *Authentica Si qua mulier* wird hingegen grundsätzlich abgelehnt. Al-

lerdings können diese Grundsätze durch einen Eid der Frau ausgehebelt werden, da diesem nach kanonischem Recht besondere Bedeutung zukommt. Beeidet die Frau den Verzicht so ist eine Belehrung entbehrlich und sogar ein Verzicht auf die *Authentica Si qua mulier* möglich. Dies mündet schließlich in der kautelarjuristischen Empfehlung, den Verzicht am besten immer auch noch von der Frau beeden zu lassen.

Insgesamt lässt sich somit für die mittelalterliche Rezeption des SC Velleianum feststellen, dass dessen Disponibilität sowohl von den Glossatoren als auch von den Kommentatoren nicht nur theoretisch bei der Behandlung von Dig. 16, 1 und Cod. 4, 29 diskutiert wird, sondern auch ganz maßgeblich auf der (notariellen) Praxis fußt und insoweit die Rechtswirklichkeit widerspiegelt.

Es erscheint daher nicht unwahrscheinlich, dass sich der Verzicht auf andere Einreden des römischen Rechts in ähnlicher Weise entwickelt haben mag, das heißt, dass auch dort nicht eine abstrakte Diskussion des Problems bei den entsprechenden Titeln des *Corpus Iuris Civilis* stattfindet, sondern konkret auf die gelebte Praxis Bezug genommen wird. Die mittelalterliche Rezeption der *exceptio SC Velleiani* ist jedenfalls mit Blick auf den Verzicht nicht nur ein Phänomen des „law in the books“, sondern die erhaltenen Quellen lassen auch bemerkenswerte Rückschlüsse zu auf das „law in action“.

cedente, ... quod mulier renunciaret velleiano et iuret et eris securus.“



# „Law and ...“: Wandlungen des Eherechts im Lichte sich wandelnder Subjektkulturen

Saskia Lettmaier, Harvard

*Ein Blick auf eine andere Rechtskultur kann auch in punkto Methodik bereichernd sein. Der folgende Beitrag geht – ermuntert durch die US-amerikanische „law and ...“-Bewegung, welche juristische Forschung mit außerjuristischen Disziplinen verknüpft – eine interdisziplinäre Verbindung mit der Kulturosoziologie ein. Inhaltlich befasst er sich mit der Frage: Kann der von Kulturosoziologen beschriebene historische Wandel herrschender Identitätskonzeptionen (sog. „Subjektkulturen“) den Wandel des Eherechts der letzten hundert Jahre – von „institutionell“ zu „interindividuell“ – sowie die jeweils konträre Haltung des Eherechts zum zeitgleich geltenden Vertragsrecht erklären?*

*A look at another legal culture can broaden one's methodological horizons. This paper, taking its cue from the interdisciplinary American „law and ...“-movement, connects law and cultural sociology. It suggests that culturally dominant constructions of identity (and the changes in them) can help us understand two features of the law of marriage: firstly, its progression, over the past one hundred years, from an institutional to an individualist model; and, secondly, its abiding „exceptionalism“ when set against the law of contract.*

*Porter un regard sur une autre culture juridique peut aussi être enrichissant au niveau de la méthodologie. Le texte suivant traite de la relation interdisciplinaire entre le juridique et la sociologie de la culture – encouragé par le mouvement américain « law and... » qui associe la recherche juridique à d'autres disciplines non juridiques. La question qui y est posée est de savoir si la transformation historique des conceptions identitaires prédominantes telle que la voit la sociologie de la culture explique que le droit matrimonial au cours de ces cent dernières années passe d'un modèle institutionnel à un modèle interindividuel ainsi que les divergences entre droit matrimonial et droit contractuel sur une même période.*

Ein Blick auf eine andere Rechtsordnung und Rechtskultur kann nicht nur in inhaltlicher, sondern auch in methodischer Hinsicht überraschend und potenziell bereichernd sein. Er kann dazu anregen, nicht nur die Ansätze des heimischen Rechtssystems zur Lösung bestimmter Sachprobleme zu hinterfragen, sondern auch in punkto Methodik den „angestammten“ Forschungs- und Interessenhorizont zu verlassen. Hält man sich, wie die Autorin, längere Zeit im US-amerikanischen Forschungsumfeld auf, so kann man sich folgender, miteinander verknüpfter Eindrücke nicht erwehren: Der erstaunlichen Eklektik der Methoden (wie der US-amerikanische Juraprofessor Carl E. Scheider offen bemerkt: „Legal scholarship [in the United States] has lost its method; or, to be more accurate, it is overwhelmed by an embarrassment of methods.“<sup>1</sup>); der Bereitschaft zum (mehr oder minder unbekümmerten) disziplinären „border crossing“; und der Dominanz der „law and ...“-Bewegung. Ein kurzer Blick auf den (zugegebenermaßen sehr umfangreichen und auch mit Kursen fraglicher rechtlicher Relevanz – wie z.B. Understanding Obama – bestückten) Vorle-

sungsplan der Harvard Law School für das akademische Jahr 2012/13 etwa legt, neben den schon als klassisch anzusehenden „law and economics“- und „law and literature“-Kursen, folgendes, hier nur im Auszug wiedergegebene „law and ...“-Angebot frei: Law and Philosophy; Law and Psychology: The Emotions; Law and Social Change, Law and Politics; Law, Psychology, and Morality: An Exploration through Film; Law and Religion; Psychiatry and the Law. Das zugrundeliegende System ist klar, und die Liste ließe sich fast beliebig verlängern. Ein Doktorand an der vorgenannten Universität zum Beispiel beschreibt sein Forschungsprojekt als Verbindung aus „law and geography“ und „law and language“. Ja, es bestehen bereits Bestrebungen, den „law and ...“-Ansatz zu überwinden<sup>2</sup>, – ein sicheres Indiz dafür, wie fest er sich etabliert hat.

Die „law and ...“-Bewegung stellt die bislang letzte Etappe in der Entwicklung rechtssoziologisch-interdisziplinärer Forschung in den Vereinigten Staaten dar<sup>3</sup>. Nun sind die Rechtssoziologie und rechtssoziologische Forschungsansätze auch hierzulande keineswegs unbekannt. Bereits Anfang des 20. Jahrhunderts ist von dem von Max Weber gegründeten Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik die Frage einer an den sozialen Problemen orientierten Rechts-, Geschichts- und Wirtschaftswissenschaft diskutiert worden<sup>4</sup>. Und obwohl dieser Wissenschaftszweig, wie die Herausgeber des ersten Bandes eines Jahrbuchs für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1970 bemerkten, seit dem Auslaufen der von Max Weber ausgehenden Impulse in den 1920er Jahren „in Deutschland mehr oder weniger verwaist“<sup>5</sup> war, so ist doch der in den 1960er Jahren in den Geschichtswissenschaften einsetzende Versuch, gesamtgesellschaftliche Ursachen- und Wirkungskomplexe systematisch offenzulegen, auch

<sup>1</sup> Schneider, „Moral Discourse and the Transformation of American Family Law“, 83 Mich. L. Rev. 1803, 1806.

<sup>2</sup> Vorgesprochen wurde, den „law and ...“-Dualismus durch „law as ...“ abzulösen, vgl. hierzu Fisk/Gordon, „Law As ...: Theory and Method in Legal History“, 13 UC Irvine L. Rev. 519.

<sup>3</sup> Den Ausgangspunkt der Entwicklung bildete die von Roscoe Pound maßgeblich beeinflusste soziologische Jurisprudenz (sociological jurisprudence) im frühen 20. Jahrhundert. Hieran schlossen sich in den 1960er und 1970er Jahren die law-and-society-Bewegung und in den 1980er Jahren das critical-legal-studies movement an.

<sup>4</sup> Vgl. den programmatischen einleitenden Beitrag Webers, in: Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 1 (1904) 1 ff.

<sup>5</sup> Lautmann/Maihofer/Schelsky, „Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft“, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 1, S. 7.

an der Jurisprudenz nicht spurlos vorübergegangen<sup>6</sup>. Auch die Juristen sahen sich zunehmend mit der Forderung konfrontiert, das Recht nicht mehr „als freischwebende Entität zu betrachten und sich energisch den sozialen und ökonomischen Bedingungen als der Basis jeder Rechtsordnung zuzuwenden“<sup>7</sup>. Heute, wie Bettina Ogorek bemerkt, wird auch in Deutschland kaum mehr ernsthaft in Abrede gestellt, dass Recht sich mit sozialen Phänomenen befasst und dass Rechts- und Gesellschaftswissenschaften voneinander profitieren können<sup>8</sup>.

Was also zeigt der Blick gen Staaten Neues? Hier erscheinen mir drei Dinge relevant: Erstens, die dort anzutreffende Ubiquität des „law and ...“-Ansatzes. In Deutschland dagegen gelten umfassend soziologisch eingebettete Studien rechtlicher Phänomene, wie etwa Jens Beckerts Unverdientes Vermögen aus dem Jahr 2004, noch eher als eine Seltenheit<sup>9</sup> – und stammen zudem, wie im Fall des Soziologen Beckert, häufig nicht aus juristischer Feder. Zweitens, die „Diversifizierung“ der Anleihen. „Law and ...“ geht über eine klassische Rechtssoziologie weit hinaus: Der Ansatz beschränkt sich weder theoretisch noch methodisch auf die Soziologie, sondern ist – wie die Punkte nach dem „and“ – gegenüber allen (methodischen wie inhaltlichen) Verbindungen offen<sup>10</sup>. Drittens, die Unbekümmertheit. US-amerikanische Juristen fühlen sich von den „law and“ angezogen, so scheint es, wie Kinder von einer Farbmalkreidenbox, „because they offer fresh pictures of how the law works and new tools with which to study it“<sup>11</sup>. Während kürzlich, wenn nicht direkt von deutscher, so doch von einer dem deutschen Rechts- und Kulturkreis zugehörigen (nämlich schweizerischer) Seite vor Vorstößen in außerjuristische Territorien und methodischen Anleihen bei anderen Disziplinen gewarnt wurde<sup>12</sup>, gefallen sich US-amerikanische Rechtswissenschaftler geradezu darin, Amateurgeschichts- und -politikwissenschaftler, Amateurphilosophen, -soziologen und -anthropologen zu sein<sup>13</sup>. Der Vorstoß in außerjuristische Disziplinen – welcher vielleicht durch die Tatsache erleichtert wird, dass der US-amerikanische Jurist in der Regel eine vorgeschaltete Ausbildung in einem an-

deren Fachbereich mitbringt<sup>14</sup> – gilt dort als potenziell „especially productive of fertile insights“<sup>15</sup> und des erhöhten Fehlerrisikos wohl wert<sup>16</sup>.

Ein interdisziplinärer Ansatz, wie ihn die „law and“ repräsentieren, kann gerade für die Rechtsgeschichte wertvoll sein. Die Rechtsgeschichte ist schon von ihrer Grundkonzeption her „law and ...“ – eine Bindestrichdisziplin. Wie Michael Stolleis schreibt:

Die Rechtsgeschichte ist ein Teil der Geschichtswissenschaft. Ihr akademischer Ort sind zwar normalerweise die Juristischen Fakultäten, ihre zentralen Fragen aber solche der Geschichte. [...] In einem weiteren Sinn ist die Rechtsgeschichte das Fach, in dem es um den historischen Kontext ganzer Rechtsordnungen und um die kulturelle Einbettung von Rechtsnormen geht. Insoweit ist sie Teil der allgemeinen Kultur- und Geistesgeschichte und muss folglich Kontakt halten mit der Kulturanthropologie, der historischen Alltagsforschung, der Religions- und Politikgeschichte.<sup>17</sup>

Idealerweise liefert die Rechtsgeschichte interpretative Antwortansätze auf die Frage Max Webers, „warum es so und nicht anders geworden ist“ (1904). Mehr als Antwortansätze auf diese Frage kann sie dabei realistischerweise nicht bieten: Die kausalen Wechselbeziehungen zwischen Rechts- und soziokultureller Entwicklung (sowie diese Entwicklungsbedingungen selbst) sind radikal unterdeterminiert<sup>18</sup>; die technischen Eigentümlichkeiten einer hochentwickelten juristischen Begriffssprache und die Sachlichkeit moderner Gesetzbücher erschweren das Aufdecken zugrundeliegender Sozialmodelle und Menschenbilder<sup>19</sup>; schließlich wissen wir, spätestens seit Bernd Rüthers Buch Die Unbegrenzte Auslegung (1968), dass identische Gesetzestexte in den unterschiedlichsten Systemzusammenhängen und von Anhängern verschiedenster Weltanschauungen angewandt und für diese nutzbar gemacht werden können.

Auch wenn damit der Kausalitätsnachweis zwischen rechtlichen und bestimmten außerrechtlichen Entwicklungen in unerreichbare Ferne gerückt sein dürfte, so bleibt dennoch der Hinweis auf erstaunliche Parallelitä-

<sup>6</sup> Zu den Methodendebatten: Senn, „The methodological debates in German-speaking Europe (1960-1990)“, in: Musson/Stebbing (Hrsg.), *Making Legal History. Approaches and Methodologies*, S. 108 ff.

<sup>7</sup> Stolleis, *Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?*, S. 16.

<sup>8</sup> Ogorek, „Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990)“, in: *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, S. 96 f.

<sup>9</sup> So spricht etwa Reinhard Zimmermann in seiner Rezension von Beckerts Buch von der „häufig festzustellenden Vernachlässigung des kulturellen Moments als Erklärungsfaktor für die Rechtsentwicklung“, vgl. Zimmermann, *NJW* 2005, 3336, 3340.

<sup>10</sup> Einen ähnlich interdisziplinären Forschungsansatz vertritt hierzulande – seit Herbst 2008 – das neu gegründete und mit einem multidisziplinären Team besetzte Institut für interdisziplinäre Rechtsforschung – Law & Society Institute Berlin (LSI Berlin).

<sup>11</sup> Schneider (Fn. 1), S. 1806.

<sup>12</sup> Senn (Fn. 6), S. 117 („An interdisciplinary spirit means a dialogue between experts, not a faddish adoption of each other's methods.“).

<sup>13</sup> Schneider (Fn. 1), S. 1807 („to be a legal academic is to be an amateur historian, political scientist, philosopher, sociologist, and anthropologist“).

<sup>14</sup> Bevor man in den Vereinigten Staaten mit dem eigentlichen juristischen Studium beginnt, absolviert man zunächst einen vierjährigen Bachelor-Studiengang, der auf ein Jurastudium inhaltlich vorbereiten kann („Pre-Law“), aber dies nicht tun muss. Viele spätere Juristen absolvieren ein fachfremdes Erststudium. Dieser mehrdisziplinäre Ausbildungsansatz wird mittlerweile häufig durch die Kombination eines juristischen Abschlusses (J.D.) mit einer Dissertation in einem anderen Fachbereich – sog. J.D./Ph.D. – fortgeführt.

<sup>15</sup> Glendon, „Why Cross Boundaries?“, 53 *Wash. & Lee L. Rev.* 971, 974 (1996).

<sup>16</sup> Professor Glendon etwa schreibt: „if cross-disciplinarians waited to know as much as we feel we ought before writing, we could never put pen to paper.“ Glendon (Fn. 15), S. 971.

<sup>17</sup> Stolleis (Fn. 7), S. 6.

<sup>18</sup> Zu simplistisch erscheint daher die Annahme Barks, das Recht sei „Ausdruck der Entwicklung der zugrundeliegenden [ökonomischen und gesellschaftlichen] Formation und in dieser programmiert.“ Bark, „Die Entstehung des BGB im Spiegel der bürgerlichen Rechtsgeschichte“, *Kritische Justiz* 158, 168 (1973).

<sup>19</sup> Wieacker, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, S. 3.

ten und Entsprechungen möglich. In den folgenden Zeilen soll – durch das US-amerikanische Beispiel ermuntert – ein skizzenhafter Versuch anhand des deutschen Eherechts gewagt werden. Es geht dabei, grob gesprochen, um den Wandel des Eherechts vom traditionell als „institutionelles Ehemodell“ bezeichneten Eherecht des BGB 1900 hin zum häufig unter der Bezeichnung „interindividuelles Ehemodell“ geführten geltenden Eherecht<sup>20</sup>. Genauer gesagt ist das Erkenntnisziel jedoch, diesen Wandel des Eherechts und seine jeweils konträre Haltung zum zeitgleich geltenden Vertragsrecht zu verstehen. Konkret (und inhaltlich vorweggreifend): Warum war der Erschaffer eines formal-liberalen Vertragsrechts – der BGB-Gesetzgeber 1900 – zugleich der Erschaffer eines illiberalen Eherechts? Und warum setzte die Liberalität im Eherecht in den 1970er Jahren und damit just zu dem Zeitpunkt ein, als das Pendel im Vertragsrecht in Richtung „Materialisierung“ schwang? Warum diese „Sonderhaltung“ – die US-amerikanischen Rechtswissenschaftlerinnen Janet Halley und Kerry Rittich haben für dieses auch in den Vereinigten Staaten zu beobachtende Phänomen den Terminus „family law exceptionalism“<sup>21</sup> geprägt – obwohl sowohl bei Schaffung des BGB als auch bei Erlass des 1. Eherechtsreformgesetzes 1976/77 die Verbindung zwischen Vertragsrecht und Ehe – als letztlich auch auf einem Vertrag beruhend – durchaus gesehen wurde? Mein interpretativer Antwortversuch auf diese Fragen wird sich wandelnder Identitätskonzeptionen, sogenannter „Subjektkulturen“<sup>22</sup>, und damit eines ideologisch-psychologischen Ansatzes bedienen, so dass sich mein Projekt, um zu US-amerikanischen Begrifflichkeiten zurückzukehren, in die Kategorien „law and psychology“ bzw. „law and psychiatry“ einreihen lässt.

Im Folgenden sollen zunächst das Eherecht des BGB 1900 und das geltende Eherecht skizziert und den jeweils zeitgleich anzutreffenden Vertragsrechtsmodellen gegenübergestellt werden (hierzu 1. und 2.). Ein Aufsatz von wenigen Seiten muss sich dabei unweigerlich auf eine eher holzschnittartige Charakterisierung beschränken. In einem nächsten Schritt soll untersucht werden, ob nicht sowohl der Wandel des Eherechts als auch seine Sonderhaltung gegenüber dem Vertragsrecht durch vorherrschende Subjektkulturen sowie deren Wandlungen erklärt werden können (hierzu 3.).

## I. Das Ehe- und Vertragsrechtsmodell des BGB 1900

Während Anton Menger 1890 das Vertragsrecht des 1. Entwurfs des BGB aufs heftigste kritisierte, fiel sein Verdikt zum Eherecht deutlich gnädiger aus. Dieses emp-

fand er als „in einer gerechten und unparteiischen Weise geordnet“<sup>23</sup>. Die gegensätzliche Beurteilung der Vertrags- und der Eherechtsentwürfe (welche durch die endgültige Gesetzesfassung keine grundlegenden Änderungen mehr erfuhren<sup>24</sup>) durch den Juristen und Sozialtheoretiker Anton Menger enthält bereits einen Hinweis darauf, dass dem Vertrags- und dem Eherecht vom BGB-Gesetzgeber 1900 unterschiedliche Gestaltungskriterien zugrunde gelegt wurden. Für das Vertragsrecht waren dies – in den Worten Mengers – das liberale „Prinzip der Vertragsfreiheit“<sup>25</sup> sowie der „formalistische Standpunkt“<sup>26</sup>, welcher auf soziale Unterschiede und gesellschaftlichen Kontext keine Rücksicht nimmt; für das Eherecht dagegen gerade „der umgekehrte Grundsatz“: „Die Ehe wird zwar durch einen Vertrag begründet; ist aber dieser einmal geschlossen, so werden die persönlichen Rechte der Ehegatten durch das Gesetz bestimmt“<sup>27</sup>. In seiner Feststellung eines systematischen Bruches zwischen dem zweiten und dem vierten Buch des BGB 1900 ist Menger bei Weitem nicht allein geblieben. So konstatiert beispielsweise auch Franz Wieacker, das BGB 1900 sei nicht „Ausdruck einer einheitlichen sozialen und politischen Tendenz“, sondern „ein Ausgleichversuch zwischen mehreren Wertsystemen“<sup>28</sup>, ein Brückenschlag zwischen formal-liberalen und patriarchalisch-autoritären Zügen.

Im Vertragsrecht herrschen die formal-liberalen Elemente vor. Die Vertragsfreiheit wird als selbstverständlich vorausgesetzt und in der technischen Formel des § 305 BGB 1900 nur angedeutet. Auf eine materiale Vertragsethik wird weitgehend verzichtet, was sich insbesondere aus der Nichtaufnahme des gemeinrechtlichen laesio-enormis-Grundsatzes oder eines materiellen Äquivalenzprinzips aristotelisch-thomistischer Tradition<sup>29</sup> und aus der Verwerfung der clausula rebus sic stantibus ergibt. Soziale Einsprengsel halten sich in der Regel „in den engen Schranken eines ethisch fundierten Liberalismus“, spricht: ihnen fällt die Aufgabe zu, „die Reinheit der moralischen Spielregeln des rechtsgeschäftlichen Verkehrs“<sup>30</sup> zu sichern (insbesondere §§ 134, 138 I, II, 242, 309, 343, 826 BGB 1900). Besondere Schutzvorschriften zu Gunsten der wirtschaftlich schwächeren Partei finden sich, mit Ausnahme einiger Schutznormen für Arbeitnehmer (§§ 616-619 BGB 1900), bezeichnenderweise nicht im

<sup>23</sup> Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen: Eine Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 41. Dagegen kritisierte Menger das übrige Familienrecht durchaus, und das nicht nur deshalb, weil es nicht, was seiner grundlegenden Bedeutung entsprochen hätte, an erster Stelle geregelt wurde (S. 36). Der von ihm im Familienrecht bemängelte, einseitig die besitzende Klasse bevorzugende Standpunkt trete jedoch am wenigsten bei der Ehe hervor (S. 41).

<sup>24</sup> Das in Kraft tretende BGB verstärkte zum Schutz der schwächeren Partei die Grenzen der Vertragsfreiheit zwar ein wenig, hauptsächlich in Sondergesetzen. Der Geist des endgültigen BGB-Vertragsrechts blieb jedoch insgesamt (gemäßigt) liberal, vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, S. 479.

<sup>25</sup> Menger (Fn. 23), S. 143.

<sup>26</sup> Menger (Fn. 23), S. 19.

<sup>27</sup> Menger (Fn. 23), S. 144 f.

<sup>28</sup> Wieacker (Fn. 24), S. 479.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, S. 201.

<sup>30</sup> Wieacker (Fn. 24), S. 480 f.

<sup>20</sup> Vgl. z.B. Dauner-Lieb, AcP 201 (2001) 295, 314; Näheres zu den beiden Ehemodellen bei Hepting, Ehevereinbarungen: Die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Eherecht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht, S. 15 ff., 30 ff.

<sup>21</sup> Halley/Rittich, „Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism“, 58 Am. J. Comp. Law 753 (2010).

<sup>22</sup> Zum Begriff: Reckwitz, Das hybride Subjekt: Eine Theorie der Subjektkulturen von der bürgerlichen Moderne bis zur Postmoderne, S. 11.



Gesetzbuch selbst, sondern in einem Sondergesetz, dem konsumentenschützenden Abzahlungsgesetz von 1894. Zusammenfassend: Die Vertragspartner stehen sich, nach der Vorstellung des Gesetzes, formal gleich, autark und unverbunden gegenüber. Wer wann mit wem zu welchen Bedingungen ein Vertragsverhältnis eingeht, soll der Einigung der Partner – und damit dem freien Spiel der Kräfte – überlassen bleiben, ebenso wie der Entschluss, die bestehende Beziehung zu ändern oder ganz aufzuheben. Insgesamt wurde der Missbrauch formaler Gleichheit durch den Stärkeren ersichtlich nicht als ein Rechtsproblem angesehen, sondern allenfalls als eine Herausforderung der Moral. Das BGB-Vertragsrecht 1900 bleibt damit weitgehend a-kontextuell-liberal<sup>31</sup>.

Die illiberal-autoritären Züge des BGB 1900 treten dagegen in erster Linie „in der patriarchalischen Gestalt des Familienrechts“<sup>32</sup> zutage. Die Ehegatten werden zu einer Einheit verschmolzen, was bereits äußerlich durch den gemeinsamen Ehenamen – stets der Familienname des Ehemannes – symbolisiert wird (§ 1355 BGB 1900). Die durch die Ehe begründeten Rechte und Pflichten werden zwar, von einigen Ausnahmen abgesehen (z.B. §§ 1356, 1360 BGB 1900), nicht ausdrücklich vom Gesetzgeber normiert – nach der Generalklausel des § 1353 BGB 1900 sind sich die Ehegatten lediglich „zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet“. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass die Ehegatten selbst frei über den Inhalt der zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaft und die aus ihr erwachsenden Verpflichtungen bestimmen könnten. Vielmehr schwebt über der Generalklausel des § 1353 BGB 1900 „das sittliche Wesen der Ehe“ als das Grundprinzip, von dem „bei der Auslegung des Gesetzes und der Beurteilung aller Rechtsverhältnisse der Ehegatten unter einander auszugehen ist“<sup>33</sup>. Auf eine über die Generalklausel hinausgehende Spezifizierung der sich aus dem „sittlichen Wesen der Ehe“ im Einzelnen ergebenden Pflichten wurde verzichtet, zum einen, „weil dadurch der sittliche Inhalt der Ehe doch nicht erschöpfend bezeichnet“ würde, zum anderen, weil sich die ehelichen Pflichten „aus dem Begriffe der ehelichen Lebensgemeinschaft von selbst ergeben“<sup>34</sup> würden und aus diesem Begriff von den Ehegatten (oder im Streitfall vom Gericht) ohne Weiteres gewonnen werden könnten.

Diese ehelichen Pflichten, dies lässt sich auch durch einen modernen, mit dem sittlichen Wesen der Jahrhundertwende nicht mehr vertrauten Leser den Gesetzesmaterialien entnehmen, sind komplementär, aufeinander bezogen: Haupt der ehelichen Gemeinschaft ist der Ehemann, mit einem (bis zur Grenze des Rechtsmissbrauchs verbindlichen) Letztentscheidungsrecht in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten (§ 1354 BGB 1900). Er dominiert insbesondere

das Erwerbs- und Wirtschaftsleben der Familie und stellt das vorrangige Bindeglied zur Außenwelt dar: So verwaltet er das eheliche Vermögen inklusive des eingebrachten Guts der Frau (§§ 1363 ff. BGB 1900)<sup>35</sup>; unterhält seine Frau „nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit“ (§ 1360 BGB 1900), unterhält, trägt die Personen- und Vermögenssorge für und vertritt seine Kinder (§§ 1601 ff., 1627, 1630 BGB 1900). Die Frau erscheint demgegenüber auf den häuslichen Wirkungskreis beschränkt<sup>36</sup>. Ihr kommt das „Pflicht-Recht“ zu, das gemeinsame Hauswesen zu leiten (§ 1356 BGB 1900). Das Gesetz sieht sie als hauptsächlich für den häuslichen Wirkungskreis mit der Außenwelt agierend (§ 1357 BGB 1900), gegebenenfalls hat sie sich im (dem Hauswesen noch nahestehenden) Geschäft des Mannes nützlich zu machen, soweit eine solche Tätigkeit, nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist (§ 1356 II BGB 1900). Gänzlich vom Hauswesen abgetrennt – im Dienste Dritter oder mit einem selbstständigen Erwerbsgeschäft – finden wir sie nur als quasi verlängerten Arm des Mannes, mit dessen ausdrücklicher oder konkludenter Zustimmung (§§ 1358, 1405 BGB 1900)<sup>37</sup>. Entsprechend zurückgebildet sind ihre vermögensmäßigen Rechte und Pflichten: Ihre Unterhaltungspflicht ist nur eingeschränkt (§§ 1360 II, 1606 II 2 BGB 1900), im Hinblick auf die Kinder fällt ihr – neben dem Vater – nur die Personensorge, jedoch nicht die Vermögenssorge oder das Vertretungsrecht zu (§ 1634 BGB 1900). Die vom Gesetzgeber anvisierte Rolle der Frau liegt ersichtlich nicht wie die des Mannes im erwerbswirtschaftlichen, außenorientierten Bereich, sondern im sittlichen Innenleben der Ehe.

Die Frage der Abänderbarkeit dieser sich aus der Ehe ergebenden persönlichen Ehepflichten wurde vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt<sup>38</sup> – im prononcierten Gegensatz zur Abänderbarkeit der güterrechtlichen Folgen der Ehe, der ein spezieller Abschnitt (§§ 1432 ff. BGB 1900) gewidmet ist. Zwar stand der Bandredaktor für das Familienrecht, Gottlieb Planck, vertraglichen Regeln

<sup>31</sup> Zu dieser Einschätzung kommt auch Raiser, „Vertragsfreiheit heute“, JZ 1958, 1 ff.

<sup>32</sup> Wieacker (Fn. 24), S. 480.

<sup>33</sup> Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 4: Familienrecht, S. 58.

<sup>34</sup> Mugdan (Fn. 33), S. 58. Aus diesem allgemeinen Prinzip sollten sich beispielsweise die Pflicht zur gegenseitigen Treue, zu gegenseitigem Beistand, zur häuslichen Gemeinschaft und zur Leistung der ehelichen Pflicht ergeben, vgl. Mugdan (Fn. 33), S. 58.

<sup>35</sup> Das gesetzliche Güterrecht des BGB 1900 ist die Verwaltungsgemeinschaft: Das Vermögen der Frau wird durch die Eheschließung grundsätzlich der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes unterworfen. Die Frau hat dafür eine korrespondierende Unterhaltsberechtigung (insbesondere führt die Verletzung der Unterhaltungspflicht durch den Mann zu einer Aufhebung seiner Verwaltung und Nutznießung, vgl. § 1418 Nr. 2 BGB 1900).

<sup>36</sup> Zwar ist die Rechtsfähigkeit der Frau weder infolge der Ehe selbst noch infolge des ehelichen Güterrechts eingeschränkt. Verfügungsgeschäfte über Ehegutsrechte bedürfen jedoch der Einwilligung des Mannes (§ 1396 BGB 1900). Verpflichtungsgeschäfte der Frau sind dagegen grundsätzlich zustimmungsfrei (§ 1399 BGB 1900), es sei denn, sie betreffen in Person zu erbringende Dienste (§ 1358 BGB 1900).

<sup>37</sup> Die Rechte des Mannes im Bezug auf Dienstverträge der Frau mit Dritten wurden bis zur endgültigen Gesetzesfassung zunehmend eingeschränkt. Während der ursprüngliche Entwurf noch eine Einwilligungspflicht des Ehemannes vorgesehen hatte (§ 1277 des 1. Entwurfs), gab der Gesetzestext dem Mann nur noch ein Kündigungsrecht bei entsprechender Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht, deren Erteilung eine Beeinträchtigung der ehelichen Interessen durch die Tätigkeit der Frau voraussetzte (§ 1358 BGB 1900).

<sup>38</sup> Eine Regelung gibt es für die Unterhaltungspflicht (nicht im strengen Sinne eine persönliche Ehwirkung) über den Verweis auf § 1614 BGB 1900 durch § 1360 III 2 BGB 1900. Der Unterhaltsanspruch ist damit für die Zukunft unverzichtbar.

gen der persönlichen Ehwirkungen nicht völlig ablehnend gegenüber<sup>39</sup>, jedoch billigte er diese nur innerhalb der Grenzen der Vereinbarkeit mit dem Wesen der Ehe. In den Motiven zum 1. Entwurf heißt es: „Es genügen in dieser Beziehung die allgemeinen Grundsätze, insbes. der § 106<sup>40</sup> in Verbindung mit der Erwägung, daß die Ehe ein Institut der öff. Ordnung ist. Daraus ergibt sich von selbst, daß jede Vertragsbestimmung, die nach dem ganzen Sinne und Zwecke des Gesetzes gegen das familienrechtliche Verhältniß der Ehe und damit gegen die öff. Ordnung verstößt, gemäß § 106 nichtig ist“<sup>41</sup>. Hat die Ehe jedoch nach der gesetzgeberischen Vorstellung ein fest umrissenes „sittliches Wesen“ mit hieraus ableitbaren Einzelpflichten, so nimmt es nicht Wunder, wenn diese Pflichten alsbald nach Erlass des BGB weitestgehend zu zwingendem, der Abänderung durch Vereinbarungen der Ehegatten nicht zugänglichem Recht erklärt wurden<sup>42</sup>.

Die Nichterfüllung der ehelichen Pflichten war sanktioniert: Zunächst über die Zulässigkeit einer Herstellungsklage, die, auch wenn eine Erzwingung wegen § 888 II ZPO a.F. nicht stattfand<sup>43</sup>, dennoch den Effekt hatte, „im Interesse der Förderung der Aufrechterhaltung der Ehen“ die Ehegatten an ihre Pflichten zu gemahnen und moralischen Einfluss auf sie auszuüben<sup>44</sup>; schließlich über die einem unbelehrbaren Ehegatten im Anschluss an das Herstellungsurteil drohende Scheidungsklage aus § 1568 BGB 1900 wegen schwerer ehezerrüttender Pflichtverletzung.

Dies leitet bereits über zu der Frage der Beendigung der Ehe, bei welcher sich das Eherecht 1900 ebenfalls illiberal zeigt. Eine Aufhebung der Ehe aufgrund gegenseitiger Übereinkunft – im Vertragsrecht gang und gäbe – sah das Gesetz nicht vor, erst recht nicht (worin allerdings kein Unterschied zum herkömmlichen Vertragsrecht liegt) eine grundlose Eheaufsage durch den einzelnen Gatten. Die Scheidung setzte grundsätzlich<sup>45</sup> ein gegnerisches Verschulden voraus, dessen ehezerrüttende Schwere teils gesetzlich vermutet wurde (absolute Scheidungsgründe, §§ 1565-1567 BGB 1900), teils von den Umständen des Falls und richterlichem Ermessen abhing

(relative Scheidungsgründe, § 1568 BGB 1900). Die Sanktionierung der „Scheidungsschuld“ wirkte in den Scheidungsfolgen fort: Schuld oder Nichtschuld<sup>46</sup> entschieden über die Widerruflichkeit von Schenkungen (§ 1584 BGB 1900), die Unterhaltsberechtigung (§ 1578 BGB 1900), das Recht zur fortgesetzten Führung des Ehenamens (§ 1577 III BGB 1900) sowie die Personensorge<sup>47</sup> für die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder (§ 1635 BGB 1900). Im Falle der Nichtschuld wirkte zudem – trotz formaler Auflösung des Ehebandes – zumindest die ökonomische Einheit der Gatten in Form einer grundsätzlich lebzeitigen standesgemäßen Unterhaltsberechtigung für den unschuldigen Teil fort<sup>48</sup>.

Die Vorstellung von der Ehe als einer aus den miteinander verschmolzenen Gatten bestehenden sittlichen Einheit lag auch ihrem (Außen-)Rechtsschutz gegenüber Einmischungen von dritter Seite zugrunde. Dies zeigt sich nicht nur in den – der Abschreckung dienenden und wohl als öffentlich-rechtlich zu qualifizierenden – Folgen der Strafbarkeit des Ehebruchs (§ 172 StGB a.F.) und der Statuierung eines Ehehindernisses für den wegen Ehebruchs geschiedenen Gatten und den von außen in die eheliche Einheit eindringenden Dritten (§ 1312 BGB 1900)<sup>49</sup>; es zeigt sich auch im privatrechtlichen Bekenntnis zu einem grundsätzlichen deliktsrechtlich-negatorischen Rechtsschutz für die eheliche Lebensgemeinschaft als absolutes Recht<sup>50</sup>.

Reduziert man das Ehemodell des BGB 1900 auf seine Kernpunkte, so lässt sich sagen: Die Ehe war eine aus zwei komplementären Gliedern bestehende Einheit, deren Struktur weitestgehend zwingend festlag und deren Integrität vor Auflösung durch die Gatten selbst sowie vor Eingriffen Dritter besonders geschützt wurde.

<sup>39</sup> Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, FamR I, S. 33, 754 f.; vgl. auch Hofer, „Privatautonomie als Prinzip für Vereinbarungen zwischen Ehegatten“, in: Hofer/Schwab/Henrich (Hrsg.), From Status to Contract? – Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht, S. 5 ff. Hofer nimmt an, dieser wohl eher als Lippenbekenntnis zu wertende „Grundsatz“ der Abänderbarkeit sei Plancks Wunsch geschuldet, das gesamte BGB zumindest vordergründig auf ein einheitliches Prinzip, nämlich das der individuellen Freiheit auf der Grundlage rechtlicher Gleichheit, zu stellen (S. 7).

<sup>40</sup> Entspricht dem heutigen § 138 BGB.

<sup>41</sup> Mugdan (Fn. 33), S. 170.

<sup>42</sup> Zur Autonomiefeindlichkeit der älteren Rechtsprechung, vgl. Hepding (Fn. 20), S. 206 ff. Die Vertragsfreiheit wurde insbesondere dort verneint, wo Vorrechte des Mannes und damit die vom Gesetzgeber aufgestellte reziproke Eheordnung betroffen waren: Grzivotz, „Vertragsobjekt Ehe und Partnerschaft“, DNotZ (Sonderheft) 1998, 228, 245.

<sup>43</sup> Ebert/v. Schneider/Fischer/v. Henle, Bürgerliches Gesetzbuch mit erläuternden Anmerkungen, § 1353 Anm. 2.

<sup>44</sup> Mugdan (Fn. 33), S. 61.

<sup>45</sup> Eine Ausnahme bildete die – im Gesetzgebungsverfahren umstrittene – Scheidung wegen Geisteskrankheit (§ 1569 BGB 1900).

<sup>46</sup> Erforderlich war stets die Alleinschuld.

<sup>47</sup> Vermögenssorge und Vertretungsrecht blieben dagegen stets beim Vater, vgl. Ebert/v. Schneider/Fischer/v. Henle (Fn. 43), § 1635 Anm. 4.

<sup>48</sup> Der Unterhaltsanspruch der unschuldig geschiedenen Frau war im Grundsatz nur abhängig von der Leistungsfähigkeit des Mannes und der fehlenden eigenen Leistungsfähigkeit aus Einkünften aus eigenem Vermögen (eine Pflicht zur Erwerbstätigkeit bestand nur bei Üblichkeit nach den ehelichen Lebensverhältnissen), vgl. §§ 1578 I, 1579 BGB 1900. Der Unterhaltsanspruch des unschuldig geschiedenen Mannes war – wiederum ein Ausdruck der Tatsache, dass die Rolle der Frau nicht primär im ökonomischen Bereich gesehen wurde – enger. Er musste sowohl erwerbsunfähig als auch vermögenslos sein (§ 1578 II BGB 1900).

<sup>49</sup> Voraussetzung war zur Erleichterung der Geschäftsführung des Standesbeamten, dass der Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt worden war. Außerdem bestand, wegen der moralischen Gefahren eines absoluten Eheverbots, eine Dispensationsmöglichkeit (§ 1312 II BGB 1900).

<sup>50</sup> Z.B. RGZ 72, 128 ff. Vielfach blieb es freilich beim verbalen Bekenntnis. Soweit deliktischer oder negatorischer Rechtsschutz gewährt wurde, geschah dies regelmäßig nicht aufgrund des durch § 823 I BGB absolut geschützten Rechts auf Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft, sondern auf anderer dogmatischer Grundlage, insbesondere unter Heranziehung von § 826 BGB, z.B. RG SeuffA 61 Nr. 38; RGZ 152, 397 ff. Zum Ganzen: Lipp, Die ehelichen Pflichten und ihre Verletzung – ein Beitrag zur Fortbildung des persönlichen Eherechts, S. 169 ff. Entschädigung für Nachteile aus Verstößen gegen eheliche Pflichten befürwortend etwa auch Beitzke, JW 1952, 211; Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung I, S. 90 sowie die Entscheidungen der OLG Hamm JZ 1953, 757 und Oldenburg MDR 1953, 170.

## II. Das geltende Ehe- und Vertragsrechtsmodell

Als Claus-Wilhelm Canaris 1999 – rund einhundert Jahre nach Inkrafttreten des BGB – anlässlich einer Tagung der Deutschen Zivilrechtslehrervereinigung die seither eingetretenen Wandlungen des Schuldrechtsvertragsrechts Revue passieren ließ, meinte er, die Entwicklungstendenz folgendermaßen zusammenfassen zu können: »[W]enn man fragt, in welche Richtung sich das BGB und insbesondere sein Vertragsrecht im Laufe dieses Jahrhunderts entwickelt hat, würden die meisten Juristen wohl antworten: Weg von einer sehr formalen Grundkonzeption und hin zu einem stärker material geprägten Verständnis der Rechtsinstitute und zumal des Vertrages«<sup>51</sup>. Die Problematik tatsächlicher Ungleichheit bei Gewährleistung rein formaler Freiheit und Gleichheit wurde dabei relativ bald nach Inkrafttreten des BGB erkannt und ernst genommen<sup>52</sup>. Zunächst hauptsächlich in Sondergesetzen, später zunehmend durch Integration im BGB<sup>53</sup>, zum Teil vorbereitet und begleitet durch eine gleichgesinnte Rechtsprechung, wurden sozial wichtige Lebensbereiche so neu geordnet, dass zwar auf den Vertrag als Gestaltungsmittel nicht verzichtet, tatsächlich oder typischerweise bestehende Ungleichgewichtslagen jedoch berücksichtigt und durch verschiedenartige Instrumentarien (von der Aufstellung von Vermutungen und der Statuierung von Aufklärungspflichten<sup>54</sup>, über die Einräumung von „Abkühlphasen“ mittels Widerrufsrechten, bis hin zur erschwerten<sup>55</sup>, eingeschränkten<sup>56</sup> oder gänzlich fehlenden Abänderbarkeit<sup>57</sup> des gesetzten Rechts) bekämpft wurden. Ein von Gesetzgebung und Rechtsprechung gleichermaßen betriebener „Materiali-

sierungsschub“ ist dabei insbesondere seit den 1970er Jahren festzustellen<sup>58</sup>. An die Stelle des Purismus eines weitgehend ohne Ansehung der Person oder des Vertragsgegenstands auskommenden Vertragsrechts – eines Regimes, das der US-amerikanische Rechtshistoriker Lawrence M. Friedman im Idealtypus als „pure contract“ bezeichnet hat<sup>59</sup> – ist damit heute eine Landschaft von „Sonderprivatrechten“ getreten: Konglomerate von Regelungen, die nur in Abhängigkeit von Vertragsgegenstand (Wohnungsmiete?) und/oder Vertragsparteien (insbesondere: handelt es sich um ein Geschäft zwischen „Profi“ und „Nicht-Profi“, Unternehmer und Verbraucher?) Anwendung finden. Das geltende Vertragsrecht ist damit kontextbezogen und relational: Die Vertragspartner stehen sich nicht mehr autark und unverbunden, ohne relevanten sozialen Hintergrund gegenüber, sondern ihre Rechte und Pflichten variieren je nach der „Rolle“, die sie in ihrem Verhältnis zueinander einnehmen.

Auch für das geltende Eherecht waren die 1970er Jahre eine entscheidende Marke. Es entspricht allgemeiner Auffassung, dass der Gesetzgeber durch das 1. Eherechtsgesetz 1976/77<sup>60</sup> das Eherecht vom „institutionellen“ Denken des BGB 1900 endgültig befreit und in die „interindividuelle Ehelehre“ übergeleitet hat<sup>61</sup>. Dabei hat sich am Wortlaut der Verpflichtung der Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) nichts geändert<sup>62</sup>. Weggefallen ist jedoch die unter Geltung der institutionellen Ehelehre herrschende Vorstellung, dass die Generalklausel des § 1353 BGB von einem monolithischen „Wesen der Ehe“, einem allgemeinverbindlichen Ehetyp überlagert wird. Jenseits eines kleinen Kernbereichs, über dessen genauen Umfang und Inhalt Streit besteht<sup>63</sup>, ist die heutige Ehe nicht mehr mit verbindlichen

<sup>51</sup> Canaris, „Wandlungen des Schuldrechtsvertrags – Tendenzen zu seiner ‚Materialisierung‘“, AcP 200 (2000) 273, 276; ähnlich konstatiert Wieacker (Fn. 19), S. 18, die formale Freiheitsethik des BGB sei „in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt“ worden.

<sup>52</sup> Grundlegend waren etwa die Arbeit Nipperdeys zu den Voraussetzungen des Kontrahierungszwangs (Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag, 1920) sowie Raisers Habilitationsschrift zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935).

<sup>53</sup> So führte etwa die im 1. Weltkrieg einsetzende Wohnungsnot im Wohnungsmietrecht zu Sofortmaßnahmen außerhalb des BGB durch sondergesetzliche Regelungen, die das Recht der Wohnraummiete mehr als ein halbes Jahrhundert überlagerten. 1960 setzte der Übergang von den Sonderregelungen zum sozialen Wohnraummietrecht im BGB selbst ein, vgl. MünchKomm/Häublein, Vorbem. §§ 535 ff. BGB, Rdrrn. 41 ff. Auch das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen wurde zunächst sondergesetzlich (AGBG 1976) geregelt und schließlich durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in das BGB übernommen. Das Gleiche gilt für das Haustürwiderrufs-, Teilzeitwohnrechte-, Fernabsatz- und Verbraucherkreditrecht.

<sup>54</sup> Als Beispiele mögen gelten: für Vermutungen § 476 BGB, der jedoch von der Rechtsprechung nur mit eingeschränkter Durchschlagkraft angewendet wird, sowie die von der Rechtsprechung aufgestellten Beweislastumkehrungen im Bereich der Bürgschaftsübernahme durch nahe Angehörige, s. BGH NJW 1999, 2584 stRspr; für Aufklärungspflichten § 491a BGB sowie der Ausbau der culpa in contrahendo durch die Rechtsprechung (z.B. bei gewerblicher Anmietung eines Kfz zum überhöhten Unfallsatztarif, s. BGH NJW 2006, 2618).

<sup>55</sup> Insbesondere über prozedurale Anforderungen wie die Einbeziehungskontrolle bei AGB.

<sup>56</sup> Z.B. Zulässigkeit nur einer individualvertraglichen, nicht jedoch einer ABG-mäßigen Abänderung bzw. Zulässigkeit nur einer Verkürzung der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche, nicht jedoch deren gänzlicher Ausschluss (vgl. etwa § 475 II BGB).

<sup>57</sup> Z.B. § 475 I BGB.

<sup>58</sup> Zu nennen sind das 1. und 2. Wohnraumkündigungsgesetz 1971 und 1974, das AGBG 1976, das Fernunterrichtsgesetz 1976, das Reisevertragsgesetz 1979, die Haustürwiderrufs- und Verbraucherkreditrichtlinien der 1980er Jahre und die späteren Fernabsatz-, Time-Share- und Verbrauchsgüterkaufrichtlinien. Die Rechtsprechung ihrerseits setzte Akzente mit den Handelsvertreter- und Bürgschaftsentscheidungen (BVerfGE 81, 242; 89, 214), die die tatsächliche Entscheidungsfreiheit und den Ausgleich von Ungleichgewichtslagen betonten, und durch den Ausbau der culpa in contrahendo als Mittel zur Statuierung von Aufklärungspflichten (z.B. bei gewerblicher Anmietung eines Wagens zum überhöhten Unfallsatztarif, s. BGH NJW 2006, 2618) und einer vorvertraglichen Informationshaftung jenseits von § 123 BGB, vgl. hierzu Canaris (Fn. 51), S. 304 ff. Zum Ganzen vgl. auch HKK/Hofer, vor § 241, Rdrrn. 43 ff.

<sup>59</sup> Friedman, Contract Law in America, S. 20.

<sup>60</sup> 1. EheRG v. 14.6.1976, BGBl. I, 1421.

<sup>61</sup> S. nur Grziwotz (Fn. 42), S. 249; Lüke, AcP 178 (1978) 1, 3.

<sup>62</sup> Eingefügt wurde das Lebenszeitprinzip in § 1353 S. 1 BGB. Eine Änderung der Rechtslage ergibt sich hieraus nicht.

<sup>63</sup> Im Bereich der persönlichen Ehwirkungen etwa nennt BeckOK/Hahn, § 1353 Rdrrn. 2 neben dem Lebenszeitprinzip und der grundsätzlichen Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, die Ausschließlichkeit der Gemeinschaft, die Geschlechtsgemeinschaft, die Pflicht, sich zu verständigen, einander beizustehen und auf einander Rücksicht zu nehmen. Weitergehender formuliert Jauernig/Berger/Mansel, § 1353 Rdrrn. 3 zu den *personenrechtlichen Pflichten* würden die Pflicht zur gegenseitigen Liebe und Achtung, zur Verständigungsbereitschaft und zum gegenseitigen Respekt vor der Persönlichkeits- und Privatsphäre, sowie die Pflicht zur ehelichen Treue und zum Geschlechtsverkehr gehören. Für MünchKomm/Roth, § 1353 Rdrrn. 4, 7 zählen dagegen nur das Prinzip der Einehe, Geschlechtsverschiedenheit, grundsätzlichen Lebensgemeinschaft und des Eheschlusses auf Lebenszeit zum zwingenden Kernbestand im Ehepersonenrecht. Verbindlich sind



Vorgaben ausgefüllt, sondern geradezu ein „Gefäß ohne Inhalt“<sup>64</sup>, dem erst von den Ehegatten selbst – privatautonom – Sinn und Gestalt gegeben werden muss<sup>65</sup>. Leitbild für die Gewinnung von personalen „Ehepflichten“ – auf die Berechtigung dieses Terminus wird sogleich zurückzukommen sein – ist das in § 1356 I BGB (dort bezogen auf die Gestaltung der Haushaltsführung) erwähnte gegenseitige Einvernehmen der Ehegatten, das sich auch aus einer bloß tatsächlichen Übung ergeben kann<sup>66</sup> (und in der Praxis vielfach ergeben wird). Diese autonom gesetzten Rechte und Pflichten<sup>67</sup> verdienen jedoch kaum den Namen „Rechtspflicht“. Fragt man nämlich nach der Bestandskraft des einmal erzielten Einvernehmens, so wird überwiegend für die Möglichkeit einer einseitigen, mehr oder minder grundlosen und jederzeitigen Abkehr votiert<sup>68</sup> – und zwar praktisch ohne rechtliche Sanktion: Eine Herstellungsklage bleibt zwar möglich, ein entsprechender Herstellungsbeschluss ist jedoch nicht vollstreckbar (§ 120 III FamFG). Unmittelbare Sekundärfolgen wie Schadensersatzansprüche werden weithin abgelehnt, und das nicht nur für Absprachen im Intimbereich, beispielsweise über die Geschlechtsgemeinschaft oder die Familienplanung – wo die Möglichkeit der Abkehr von einmal getroffenen Entscheidungen natürlich jederzeit gewährleistet und nicht durch eine drohende Schadensersatzforderung eingeschränkt werden sollte –, sondern größtenteils auch außerhalb dieses höchstpersönlichen Bereichs, etwa bei Regelungen, die die Haushaltsführung oder die Versorgung von Familienangehörigen betreffen<sup>69</sup>, soweit es nicht um rein geschäftsmäßige Handlungen, wie die Unterzeichnung einer Steuererklärung<sup>70</sup>, geht. Auch eine Vertragsstrafenabrede zur Sankti-

onsbewehrung der einvernehmlich vereinbarten Pflichten soll konsequenterweise unzulässig sein<sup>71</sup>. Entfallen ist zudem fast jeder mittelbare Druck zum absprache- bzw. ehekonformen Verhalten: Weder der Verstoß gegen die einvernehmlichen Abreden noch derjenige gegen den verbliebenen Kernbestand an gesetzlichen personalen Ehepflichten (auszunehmen sind die – weiterhin erzwingbaren – vermögens- und unterhaltsrechtlichen Verbindlichkeiten) zeitigt Rechtsfolgen, da sich aus ehelichem „Fehlverhalten“ – soweit man an diesem Begriff noch festhalten will – infolge der Aufgabe des Verschuldensprinzips im Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht weder Auswirkungen auf die Scheidungsberechtigung<sup>72</sup> noch bedeutende unterhalts- oder vermögensrechtliche Nachteile<sup>73</sup> ergeben. Die rein personalen<sup>74</sup> Ehepflichten sind daher heute wohl nicht mehr als Rechts-, sondern als rein sittlich-moralische Pflichten anzusehen<sup>75</sup>: Wie Dieter Schwab ausführt, setzt eine Rechtspflicht „zwar nicht [...] die Erzwingbarkeit voraus, sie setzt aber voraus, daß der Pflichtverstoß rechtliche Relevanz äußert“<sup>76</sup> – was Eheverfehlungen seit dem 1. Eherechtsgesetz gerade nicht mehr tun.

Genuiner Ausdruck des staatlichen Rückzugs zu Gunsten einer neuen Gattenverantwortung für Inhalt und Beurteilung der ehelichen Lebensgemeinschaft ist auch das reformierte Scheidungsrecht: Verschulden ist weder scheidungs begründend noch -verhindernd<sup>77</sup>. Was zählt ist allein die – letztlich von der subjektiven Einstellung der Gatten abhängige – Frage, ob die Ehe endgültig gescheitert ist (§ 1565 I 1 BGB), sprich: ob eine „dieser Ehe entsprechende Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht und ihre Wiederherstellung nicht mehr zu erwarten ist“<sup>78</sup>. Nicht nur die einverständliche Konventionalscheidung ist – vor allem im Gewand eines Spezialfalls der Zerrüttung, der den Richter nach einjähriger Trennungszeit einer eigenständigen Scheiternsprüfung enthebt (§ 1566 II BGB) – damit ausdrücklich anerkannt; legiti-

weiterhin die ausdrücklich zwingenden Vorschriften, wie insbesondere der Familien- und Getrenntlebensunterhalt (§§ 1360 ff. BGB).

<sup>64</sup> Grziwotz (Fn. 42), S. 249.

<sup>65</sup> Schwab, Stimmen der Zeit 193 (1975) 313, 326.

<sup>66</sup> BeckOK/Hahn, § 1356 Rdnr. 4.

<sup>67</sup> Der Meinungsstreit über ihre Rechtsnatur erscheint, angesichts ihrer unabhängig von der Einordnung weithin angenommenen Unverbindlichkeit, müßig, s. BeckOK/Hahn, § 1356 Rdnr. 4 (mit Zusammenstellung der bezüglich der Rechtsnatur vertretenen Ansichten).

<sup>68</sup> Für einseitige grundlose Lossagung: MünchKomm/Roth, § 1356 Rdnr. 8; Lücke, AcP 178 (1978) 13; aA BeckOK/Hahn § 1356 Rdnr. 6 (für eine einseitige Lossagung nur bei besonderen Gründen). Gute Übersicht zum Meinungsstand bei Hepting (Fn. 20), S. 69 ff., der anmerkt, dass auch bei sachlichen Anforderungen an das ius variandi in der Regel sehr großzügig verfahren wird (insbesondere wird häufig schon die Änderung der inneren Einstellung des Ehegatten als ein ausreichender Änderungsgrund angesehen).

<sup>69</sup> Die Rechtsprechung formuliert, die Erfüllung der persönlichen Pflichten, die aus dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft fließen, sei nur durch die auf freier sittlicher Entscheidung beruhende eheliche Gesinnung zu gewährleisten, womit jeder, auch indirekte, staatliche Zwang, wie z.B. durch Zuerkennung einer Vertragsstrafe oder eines Schadensersatzanspruches ausscheide, s. BGHZ 34, 80; 37, 38; 46, 392. Für die Lehre s. nur Hausmann, „Entwicklungstendenzen im deutschen Familienrecht – Vom Status zur Realbeziehung“, in: Vollkommer (Hrsg.), Die Familie in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, S. 45 ff.; Schwab, DNotZ 2001, 9, 20; aA MünchKomm/Roth, § 1353 Rdnr. 14, der die Kosten einer Haushaltshilfe ersetzen will. Für die Möglichkeit von Schadensersatz wohl auch Hepting (Fn. 20), S. 105 ff. Der BGH hat Ersatz der Kosten einer Haushaltshilfe in einem obiter dictum ausdrücklich abgelehnt, s. BGH NJW 1957, 670, 671.

<sup>70</sup> BGH NJW 1977, 378.

<sup>71</sup> Jauernig/Berger/Mansell, § 1353 Rdnr. 8.

<sup>72</sup> Verstöße gegen § 1353 BGB sind nach Streichung des § 1568 BGB 1900 und des Übergangs zum schuldunabhängigen Zerrüttungsprinzip im Scheidungsrecht kein Anknüpfungspunkt für die Scheidungsberechtigung mehr. Bedeutung können Eheverfehlungen nur noch bei der richterlichen Prognose entfalten, ob die eine völlige und irreversible Ehezerstörung eingetreten ist, s. Schwab, „Zur Reform des Scheidungsrechts“, in: Engler/Schwab (Hrsg.), Beiträge zur Familienrechtsreform, S. 18 ff.

<sup>73</sup> Scheidungsfolgerechtliche Nachteile können Eheverfehlungen nur noch im Rahmen der §§ 1381, 1578b, 1579 BGB zeitigen.

<sup>74</sup> D.h. abgesehen von vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten und unterhaltsrechtlich relevanten Pflichten.

<sup>75</sup> Ebenso Schwab (Fn. 72), S. 24 f.; MünchKomm/Wacke, 1. Aufl., § 1353 Rdnr. 5. Die Gesetzesbegründung geht davon aus, dass § 1353 BGB dennoch keineswegs bedeutungslos ist, da die Ehegatten gehalten bleiben, ihre freiwillig übernommenen und nicht erzwingbaren Pflichten zu erfüllen, wenn die Ehe auf Dauer Bestand haben soll, s. BT-Drucks. 7/650, S. 95.

<sup>76</sup> Schwab (Fn. 72), S. 24.

<sup>77</sup> Sogar der Begriff der unheilbaren Ehezerstörung (vgl. §§ 43, 44, 48 EheG) wurde vermieden, da dieser nach Auffassung des Gesetzgebers zu sehr mit der Vorstellung einer Zerstörung der Ehe durch die Gatten selbst, anstatt durch einen „schicksalhaften Verlauf, auf den die Ehegatten keinen Einfluss haben“ (BT-Drucks. 7/650, S. 104), verbunden war. Scheidungsverhindernd bzw. -verzögernd wirken nur die (umstrittene) immaterielle Härteklausele des § 1568 BGB sowie eingeschränkt die Sollvorschrift des § 1565 II BGB.

<sup>78</sup> BT-Drucks. 7/650, S. 105.

miert ist auch die einseitige, durch den Gegner „unverschuldete“ Abkehr eines Gatten, denn gescheitert ist die Ehe bereits dann, wenn ein Ehegatte seine innere Bindung – aus welchem Grund auch immer – verloren hat und „fest entschlossen ist, nicht wieder in die Lebensgemeinschaft mit dem anderen Ehegatten zurückzukehren“<sup>79</sup>. Der eigenmächtige Auszug sowie der Ablauf einer dreijährigen Trennungsfrist befreien den sich abwendenden Gatten zudem – aufgrund der Zerrüttungsvermutung des § 1566 I BGB – von der „unangenehme[n] Last [...] die ehelichen Verhältnisse dem Gericht [zur Begründung des Scheidungsbegehrens] bis in Einzelheiten offenzulegen“<sup>80</sup>.

Auch das Scheidungsfolgenrecht zeigt sich zunehmend liberal. Nicht nur ist es, wie bereits erwähnt, vom Verschuldensgedanken weitestgehend befreit<sup>81</sup>; es ist auch in einer fortwährenden Schrumpfung begriffen. Verantwortlich hierfür sind zum einen das Gesetz und seine Interpretation durch die Gerichte: An die Stelle eines standesgemäßen, lebzeitigen und (nur) vom Verschulden abhängigen nachehelichen Unterhaltsanspruchs ist infolge des 1. Eherechtsgesetzes ein auf bestimmte Bedarfslagen beschränkter und vom Grundsatz der Eigenverantwortung überlagerter Anspruch getreten, der durch weitere Reformen (Einführung von Befristungs- und Herabsetzungsmöglichkeiten, Ausweitung der Härteklausele durch das Unterhaltsänderungsgesetz 1986<sup>82</sup> sowie stärkere Betonung der Eigenverantwortlichkeit durch das zum 1. Januar 2008 in Kraft getretene Unterhaltsrechtsänderungsgesetz<sup>83</sup>) zunehmend reduziert wurde; die Rechtsprechung trug, unter anderem mit der vom Bundesverfassungsgericht verabschiedeten<sup>84</sup>, vom Bundesgerichtshof aber mittlerweile in anderem Gewande, wie mir scheint, reanimierten<sup>85</sup> „Drittelmethode“ das Ihre zur Abschwächung des nachehelichen Unterhaltsanspruchs bei. Geschrumpft ist das Scheidungsfolgenrecht zum zweiten durch vertragliche Abbedingungen, für die nur ein „Kernbereich“ unantastbar bleibt<sup>86</sup>. Eheauflösung

bedeutet damit heute in der Regel auch die – sofortige oder alsbaldige – Auflösung der ökonomischen Verbindung zwischen den Gatten.

Weggefallen – zusammen mit den festen Strukturprinzipien der Jahrhundertwende-ehe – ist schließlich der besondere Schutz der ehelichen Lebensgemeinschaft vor Eingriffen von außen und von innen: Öffentlich-rechtliche Strafandrohung und Eheverbot für Ehebruchspartner wurden ersatzlos gestrichen. Und das Bekenntnis zum deliktsrechtlich-negatorischen Rechtsschutz ist, abgesehen vom weiterhin dem Deliktsrecht unterfallenden sogenannten „räumlich-gegenständlichen Bereich der Ehe“, ausschließlich aus dem Familienrecht abgeleitet (und damit im Ergebnis zunehmend nicht existenten) Sanktionen gewichen<sup>87</sup>.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die moderne Ehe ein höchstpersönlicher, fast vollständig von gesellschaftlichen Standards oder „Rollenzwängen“ befreiter Tatbestand ist, der das subjektive Gattenempfinden in den Mittelpunkt stellt.

### III. Ehe, Vertrag und das hybride Subjekt

Deutungsvarianten für den zu verzeichnenden Wandel des Eherechts gibt es bereits. Ein populärer Erklärungsansatz ist die Interpretation als (verzögerter, sich aber schließlich auch im Eherecht durchsetzender) Übergang „from status to contract“, sprich: von einem askriptiv-statusrechtlichen zu einem vertragsrechtlichen Regime<sup>88</sup> – getreu dem von Sir Henry Sumner Maine 1861 generalisierend beschriebenen „movement of [...] all] progressive societies“<sup>89</sup>. Dieses Deutungsmodell kann aber, insbesondere für hiesige Zwecke, aus zwei Gründen nicht recht überzeugen: Zum einen zeichnet sich das geltende Eherecht, wie wir gesehen haben, nicht nur durch die weitgehende Freiheit von verbindlichen Vorgaben aus, sondern – und hierin liegt die mangelnde Überzeu-

<sup>79</sup> MünchKomm/Ey, § 1565 Rdnr. 34.

<sup>80</sup> BT-Drucks. 7/650, S. 109.

<sup>81</sup> Vermögens- und unterhaltsrechtliche Auswirkungen können sich noch über §§ 1381, 1578b, 1579 BGB ergeben.

<sup>82</sup> BGBl. I, S. 302 ff.

<sup>83</sup> BGBl. I, S. 3189 ff.

<sup>84</sup> BVerfG NJW 2011, 836. Das BVerfG bemängelte die Auflösung der Prüfung von Bedarf und Leistungsfähigkeit, weil sich die Fachgerichte so vom gesetzlichen Konzept gelöst und dieses durch ein eigenes System ersetzt hätten, was die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschreite.

<sup>85</sup> Nacheheliche Unterhaltspflichten für den neuen Ehegatten sind zwar nicht mehr, wie unter Geltung der ursprünglichen Drittelmethode, bei der Bedarfsbemessung zu berücksichtigen. Im Rahmen der Leistungsfähigkeit nach § 1581 BGB ist jedoch der Halbteilungsgrundsatz zu beachten, was zu einem relativen Mangelfall führen kann, wenn dem Unterhaltspflichtigen für den eigenen Unterhalt weniger verbleibt als der Unterhaltsberechtigte mit dem Unterhalt zur Verfügung hat. Verpflichtungen gegenüber anderen Unterhaltsberechtigten, die nicht bereits den Bedarf beeinflusst haben (d.h. insbesondere solche gegenüber dem neuen Ehegatten), sind entsprechend ihrem Rang zu berücksichtigen. Bei Gleichrangigkeit des geschiedenen und des neuen Gatten ist eine Billigkeitsabwägung in Form einer Dreiteilung des gesamten unterhaltsrelevanten Einkommens (wie nach der alten Drittelmethode) weiterhin möglich, s. BGH NJW 2012, 384.

<sup>86</sup> Die weitgehende Ehevertragsfreiheit rechtfertigt sich aus der Ver-

abschiedung eines verbindlichen Eheleibtes durch das 1. EheRG, da das gesetzliche Scheidungsfolgenrecht noch auf das (vielfach nicht mehr der Realität entsprechende) Leitbild der Hausfrauenehe zugeschnitten ist. Dabei verkündete der BGH zunächst sogar die volle Vertragsfreiheit (s. BGH FamRZ 1990, 372, 373 unter Berufung auf BGH FamRZ 1985, 788; hierzu Grziwotz [Fn. 42], S. 256 ff.) bis das BVerfG klarstellte, dass formale „Vertragsfreiheit der Ehegatten“ häufig Fremdbestimmung eines Teils gegenüber dem anderen bedeutet (BVerfG NJW 2001, 957, 958). Zur heute praktizierten 2-stufigen Prüfung, bezogen auf den Abschluss- und den Ausübungszeitpunkt, sowie zur Kernbereichsrechtsprechung generell, s. nur BGH NJW 2004, 930.

<sup>87</sup> BGH NJW 1957, 670, 671 („die familienrechtlichen Bestimmungen [regeln] die Folgen einer Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten und der Scheidung einer Ehe abschließend“). Weiterhin deliktsrechtlich geschützt ist der räumlich-gegenständliche Bereich der Ehe. Hier gewährt die Rspr. vollstreckbare Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche sowohl gegen den Ehepartner als auch gegen den Dritten, so dass z.B. die Entfernung des Ehebruchpartners aus der *Ehewohnung verlangt werden kann*, s. BeckOK/Hahn, § 1353 Rdnr. 37. Aus § 826 BGB kann sich zudem ausnahmsweise ein Schadensersatzanspruch ergeben, wenn zur Ehestörung *weitere schädigende Umstände* (z.B. bewusste Täuschung über die Kindesherkunft) hinzutreten (BGH NJW 1990, 706, 708).

<sup>88</sup> Für eine Erörterung dieser These, die aber „nicht so einschichtig [...] ausfällt“, wie manche juristische Literaten mit griffigen Formeln assoziieren“, s. Schwab (Fn. 69), S. 10.

<sup>89</sup> Maine, *Ancient Law* (Pollock's ed.), S. 182.

gungskraft des Erklärungsansatzes – zusätzlich und gerade durch die weitgehende Freiheit von (vertraglicher) Bindung überhaupt: Das moderne Eherecht betont, insbesondere mit der Scheidbarkeit der Ehe aufgrund der eheablehnenden Haltung bereits eines Gatten und der einseitigen und weitgehend sanktionslosen Abkehrmöglichkeit vom einmal hergestellten Einvernehmen, nicht so sehr den vertraglichen Konsens der Gatten als vielmehr die Autonomie des einzelnen Ehepartners, welcher, so scheint es, eine (Selbst-)Bindung nicht verträgt – bezeichnenderweise soll zum Beispiel eine vertragliche „Verschärfung“ der (fortwährende Autonomie gewährleistenden) gesetzlichen Scheidungsgründe nicht gestattet sein<sup>90</sup>. Zum anderen erklärt der „Vertrags“-Deutungsansatz nicht, warum im Vertragsrecht parallel zur eherechtlichen Entwicklung nicht nur weiterhin der Gedanke der Bindung hochgehalten wird<sup>91</sup>, sondern zunehmend – gleichsam in einer gegenläufigen Bewegung „from contract to status“ – auch verbindliche Vorgaben gemacht werden. Ein zweites, bisweilen anzutreffendes Erklärungsmodell – nämlich die These, die Wandlungen des Eherechts seien der Gleichberechtigung geschuldet<sup>92</sup> – kann ebenfalls nicht überzeugen: Gleichberechtigung erfordert weder die Freiheit von verbindlichen Vorgaben – ausreichend ist bereits, dass etwaige verbindliche Vorgaben nicht (unmittelbar oder mittelbar) geschlechtsspezifisch ausgestaltet sind – noch erfordert es die Freiheit von Bindung.

Einen potenziellen Ansatzpunkt, um der Sache näher zu kommen, bietet die aus der kursorischen Übersicht gewonnene Erkenntnis, dass das moderne Eheverständnis ein Individualität, Autonomie und Persönlichkeit des Einzelnen betonendes ist. Befürworter des geltenden Eherechts (bzw. Verfechter seiner weiteren Liberalisierung) bemühen zur Rechtfertigung gerne das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Lücke zum Beispiel hat die Verfassungsmäßigkeit der Härteklausel (§ 1568 BGB) mit folgenden Worten angezweifelt: „M.E. ist es mit Art. 2 I GG unvereinbar, einen Ehegatten an einer gescheiterten Ehe festzuhalten. [...] Auch wird m.E. die Menschenwürde tangiert, wenn trotz Scheiterns der Ehe eine Scheidung nicht erfolgt“<sup>93</sup>. Dieses aktuelle Schlaglicht auf die „Per-

sönlichkeit“ des einzelnen Gatten legt es nahe nachzufragen, ob nicht ein Blick auf die geschichtliche Abfolge von Persönlichkeits- bzw. Identitätskonstruktionen – kurzum: auf die „Transformationsgeschichte moderner Subjektivität“<sup>94</sup> – die festgestellten Entwicklungslinien des Vertrags- und des Eherechts ein Stück weit begreiflicher machen kann.

Für das Bild des Menschen, welches für das BGB 1900 maßgeblich geworden ist, ist auf moderne Darstellungen zurückzugreifen, denn die Psychologie, wie der Pionier der Gedächtnisforschung Hermann Ebbinghaus bemerkte, hat zwar „eine lange Vergangenheit, doch nur eine kurze Geschichte“<sup>95</sup>. Obwohl Michel Foucault sicherlich derjenige ist, dessen Name mit dem Projekt einer kulturwissenschaftlichen Kontingenzperspektive auf die Geschichte moderner Subjektivität am Nachhaltigsten verbunden ist, lege ich meiner Darstellung im Wesentlichen die Habilitationsschrift des Kultursoziologen Andreas Reckwitz zugrunde. In seinem Werk *Das hybride Subjekt* betreibt Reckwitz eine „kultursoziologische und historisch-soziologische Rekonstruktion“<sup>96</sup> von Subjektkulturen von der bürgerlichen Moderne bis zur Postmoderne und analysiert damit genau die Sequenz sozialkultureller Subjektformen, die nach meiner Hypothese für die beschriebene rechtliche Entwicklung potenziell von Einfluss gewesen ist. Nach Reckwitz arbeitet die moderne Kultur mit einer historischen Kette von Universalisierungen, in denen jeweils eine bestimmte Humanstruktur als die eigentlich natürliche und alternativlose präsentiert und als „Ideal-Ich“ institutionalisiert wird<sup>97</sup>. Seit dem 18. Jahrhundert verzeichnet Reckwitz dabei eine Abfolge von drei Subjektkulturen, von denen die chronologisch erste – die bürgerliche Subjektkultur des 19. Jahrhunderts – und die chronologisch letzte – die seit den 1970er Jahren aufkommende Subjektkultur der Postmoderne – für meine Zwecke zeitlich offensichtlich relevant sind: Bekanntlich war das BGB, obwohl es erst am 1. Januar 1900 in Kraft trat, „das spätgeborene Kind der Pandektenwissenschaft“<sup>98</sup> des 19. Jahrhunderts; die Subjektkultur der Postmoderne fällt mit dem 1. Eherechtsgesetz 1976/77 zusammen.

Interessanterweise stellt Reckwitz fest, dass die Subjektkulturen nicht eindeutig und homogen aufgebaut sind, sondern sich durch ihre innere Hybridität auszeichnen: „[A]lle Subjektkulturen [folgen] statt einer kulturellen Logik der Einheit einer kulturellen Logik der Hybridität“ und sind damit „allesamt latent widersprüchliche Gebilde“<sup>99</sup>. Im Anschluss an inter alia Durkheim und Simmel betont Reckwitz, dass sich soziale Felder – insbe-

<sup>90</sup> Hierzu Schwab (Fn. 69), S. 22 f. Dagegen besteht z.B. in einigen US-amerikanischen Staaten (Louisiana, Arizona, Arkansas) die Möglichkeit einer sog. *covenant marriage*, vgl. Abrams/Cahn/Ross/Meyer, *Contemporary Family Law*, 2006, S. 947 f. Freilich kann auch dort, aufgrund der kollisionsrechtlichen Anwendbarkeit des Rechts des Wohnsitzstaates auch nur eines Ehegatten auf die Frage der Scheidbarkeit der Ehe (Williams v. North Carolina, 317 U.S. 287 [1942]), das vertraglich vereinbarte strikte Scheidungsrecht wohl durch den Umzug in einen Bundesstaat, der keine *covenant marriage* vorsieht, ausgehebelt werden, vgl. hierzu Hay, „The American ‚Covenant Marriage‘ in the Conflict of Laws“, 64 La. L. Rev. 43 (2004).

<sup>91</sup> Eine interessante moderne Einschränkung der vertraglichen Bindungswirkung stellen allerdings die verbraucherschützenden Widerrufsrechte dar.

<sup>92</sup> So meint etwa Hofer, die vom Grundgesetz geforderte Gleichberechtigung sei durch Gewährung von Vertragsfreiheit umgesetzt worden, wobei die alte BGB-Konzeption von prinzipieller Freiheit als gleicher Freiheit aufgegriffen wurde. Hintergrund für diesen formalen Vertragsfreiheitsbegriff sei der Gleichgewichtsgedanke: Hofer (Fn. 39), S. 11.

<sup>93</sup> Lücke, „Die persönlichen Ehwirkungen und die Scheidungsgründe nach dem neuen Ehe- und Familienrecht“, in: Festschrift Bosch, S.

642 f. Die Verfassung bemühen auch Pawlowski, *Das Studium der Rechtswissenschaft*, S. 326; ähnlich Wolf, NJW 1968, 1497, 1498.

<sup>94</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 13.

<sup>95</sup> Ebbinghaus, „Psychologie“, in: *Systematische Philosophie*, Berlin/Leipzig 1907, S. 173. Der Beginn der Psychologie als akademische Disziplin ist wohl auf die Gründung des ersten Labors zur Erforschung psychologischer Phänomene 1879 durch Wilhelm Wundt an der Universität Leipzig zu datieren.

<sup>96</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 22.

<sup>97</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 26.

<sup>98</sup> Wieacker (Fn. 19), S. 9.

<sup>99</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 19 (Hervorhebung im Original).



sondere das Feld der Arbeit, einerseits, und das Feld persönlicher und intimer Beziehungen, andererseits<sup>100</sup> – als Orte darstellen, an denen sich spezifische (und durchaus voneinander abweichende) Subjektpositionen ausbilden – „die Dispositionen und Subjectcodes eines ökonomischen Subjekts der Arbeit [...] eines Intimitätssubjekts persönlicher Beziehungen [...] etc.“<sup>101</sup>.

Das bürgerliche Subjekt des 19. Jahrhunderts ist primär ökonomisches Subjekt. In Abwendung zum frühneuzeitlichen, aristokratisch geprägten Gesellschaftsideal, nach welchem Arbeit die Identitätsentfaltung verhinderte, betreibt das bürgerliche Subjekt in den Praktiken der Arbeit und des Berufs eine „souveräne Selbstregierung“ und produziert gerade hier „seine Autonomie und Selbsterhaltung“<sup>102</sup>: Arbeit und Beruf, kurz: das Ökonomische, werden im Wege einer „kulturellen Umstülpung“ im bürgerlichen Subjectcode statt als Zeichen feudaler Abhängigkeit „genau umgekehrt als Merkmal eines Subjekts interpretiert, das seine Unabhängigkeit sichert“<sup>103</sup>. Nicht die Subjekt-Objekt-Relation traditionellen körperlichen Arbeitens, sondern die Subjekt-Subjekt-Relation souveräner Akteure bildet das Paradigma der bürgerlichen Ökonomie, die daher „als eine im Prinzip gleichgewichtige, balancierte Ordnung“<sup>104</sup> erscheint. Der sich herausbildende Begriff des bürgerlichen ökonomischen Subjekts besitzt seine Identität und wesentlichen humanen Eigenschaften getrennt von und vor seiner Mitgliedschaft in irgendwelchen besonderen sozialen oder politischen Ordnungen<sup>105</sup>. Mit anderen Worten: Das bürgerliche Arbeitssubjekt ist bereits in sich vollständig, autark und souverän; und es ist – ebenso wie das es rechtlich regelnde Vertragsrecht – aus jeglicher Einbettung herausgelöst, radikal a-kontextuell.

Die Modernisierungsprozesse des 19. Jahrhunderts, die zur Herausbildung konzeptionell souverän-autarker ökonomischer Subjekte auf einer von Kontext und Moralität weitgehend befreiten Wirtschaftsbühne führen, bringen auch ein hohes Maß an Verunsicherung mit sich. Im Laufe des 19. Jahrhunderts findet daher eine Bifurkation zwischen dem Feld der Wirtschaft und dem der Privatsphäre statt, wobei das letztere als Kompensation für das erstere präsentiert wird: „Die Entmoralisierung und Ökonomisierung der Praktiken der Arbeit steht im Gegensatz zu einer Romantisierung und Verhäuslichung der Intimbeziehungen“<sup>106</sup>. Wie Reckwitz ausführt, basiert die spätbürgerliche Kultur im Intimbereich „auf einer antagonistischen >funktionalen Differenzierung< von Subjektformen (und sie ist die einzige der Subjektordnungen in der Geschichte der Kultur der Moderne, die tatsächlich die Subjektpositionen ihrer sozialen Felder in dieser Weise in Gegensatz zueinander bringt), die sich zugleich als geschlechtliche Differenzie-

rung abbildet und damit die differenten Subjekteigenschaften auf zwei vorgeblich natürlich voneinander geschiedene Menschentypen verteilt“<sup>107</sup>. Die Einzelpersonen – Mann und Frau – werden als prinzipiell verschiedenartig<sup>108</sup>, komplementär und damit als jeweils für sich defizitär konzipiert<sup>109</sup>: „Erst die Ergänzung der in der Frau zur Vollkommenheit entwickelten Weiblichkeit mit der im Mann zur Vollkommenheit entwickelten Männlichkeit soll die Annäherung an das Ideal der Menschheit ermöglichen“<sup>110</sup>. Das Intimsubjekt ist damit ein bedürftiges Individuum, das in eine familiäre Gemeinschaft einzubetten ist. Es ist auf eine Selbstdefinition und Selbstfindung innerhalb einer heterosexuellen Matrix verpflichtet<sup>111</sup>. Das bürgerliche Identitätsverständnis im Bereich der persönlichen Beziehungen erweist sich daher – im Gegensatz zum a-kontextuellen ökonomischen Subjekt – als relational: Erst die Ergänzung durch ein anderes, verschiedengeschlechtliches Intimsubjekt – die Annahme der Subjektposition als Ehemann/Ehefrau und das Ausagieren der hierfür vorgesehenen reziproken Rollen – befähigt den Einzelnen, als Intimsubjekt betrachtet, „zur vollwertigen Subjekthaftigkeit“<sup>112</sup>.

Ein formal-liberales Vertragsrecht „passt“ unbestreitbar zu einem Bild autonomer Souveräne auf der wirtschaftlichen Bühne. Ebenso lässt sich eine gewisse Entsprechung zwischen einem Eherechtssystem, das, wie das Ehemodell des BGB 1900, reziproke Geschlechterrollen kodifiziert, sanktional absichert und die eheliche Gemeinschaft selbst vor Auflösung schützt, und dem Bild eines für seine volle Subjekthaftigkeit auf die familiäre Einbettung angewiesenen, bedürftigen Individuums nicht gänzlich ableugnen. Eine gewisse „Bestätigung“ erfährt die hypothesierte Verbindung zwischen Rechtsstandpunkt und Subjektkultur zudem durch Friedrich Carl von Savigny, dessen Systematisierung des römischen Rechts – vermittelt insbesondere durch Bernhard Windscheids Pandektenlehrbuch – für das BGB 1900 von maßgeblichem Einfluss gewesen ist<sup>113</sup>. In seinem Hauptwerk System des heutigen römischen Rechts (1840-49) scheidet von Savigny das Vermögens- (insbesondere das Obligationen-) Recht vom Familienrecht – mit der Konsequenz unterschiedlicher Gestaltungsprinzipien für die beiden Rechtsbereiche – unter anderem mit folgender, auf die präsumierte Beschaffenheit des Menschen Bezug nehmender Begründung:

In [... den familienrechtlichen Rechtsverhältnissen] erscheint uns der Einzelne nicht, so wie in den Obligationen, als ein selbstständiges Ganze, sondern als ein un-

<sup>100</sup> Als drittes, hier aber nicht weiter interessierendes Feld erwähnt Reckwitz die Technologien des Selbst.

<sup>101</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 52.

<sup>102</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 111, 114.

<sup>103</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 114.

<sup>104</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 115.

<sup>105</sup> Keup/Hohl (Hrsg.), Subjektdiskurse im gesellschaftlichen Wandel: Zur Theorie des Subjekts in der Spätmoderne, S. 13.

<sup>106</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 107.

<sup>107</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 107 f.

<sup>108</sup> Als immer wiederkehrende Merkmale werden beim Mann hauptsächlich Aktivität und Rationalität, bei der Frau Passivität und Emotionalität hervorgehoben, s. Hausen, „Die Polarisierung der ‚Geschlechtscharaktere‘: Eine Spiegelung der Dissoziation von Erwerbs- und Familienleben“, in: Conze (Hrsg.), Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, S. 367.

<sup>109</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 258.

<sup>110</sup> Hausen (Fn. 108), S. 373.

<sup>111</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 258.

<sup>112</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 146.

<sup>113</sup> Für eine gedrängte Darstellung der Kontinuität zwischen historischer Rechtsschule und BGB 1900, s. Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 11.

vollständiges, der Ergänzung in einem großen Naturzusammenhang bedürftiges Wesen. Diese Unvollständigkeit des Einzelnen, so wie die darauf bezügliche Ergänzung, zeigt sich [...] in der Trennung der Geschlechter, deren jedes, einzeln für sich betrachtet, die menschliche Natur nur unvollständig in sich enthält [...].<sup>114</sup>

Seit den 1970er Jahren kristallisiert sich eine grundlegend andere, postmoderne Subjektkultur heraus. Das postmoderne Intimitätssubjekt bezieht seine Sinnmuster in großen Teilen aus der Ästhetik der Romantik<sup>115</sup>. Es ist, in den Worten von Reckwitz, ein „Intimitätssubjekt des >self-growth<“<sup>116</sup>, das heißt, es zielt auf eine kreative Vielfältigung seiner Möglichkeiten innerer Erfahrung<sup>117</sup>. Dabei wird „[s]elf-growth [nicht] im Sinne der Entfaltung eines bereits vorgefundenen Potenzials, der konsequenten Durchführung eines Lebensplans verstanden, sondern bezieht sich auf eine Subjektstruktur, die >immer in Bewegung bleibt<, die sich ihrer >Authentizität< über >neue Erfahrungen< versichert“<sup>118</sup>. Die „Negativfigur“, das kulturell Andere, in Abgrenzung wovon sich die postmoderne Subjektkultur persönlicher Beziehungen definiert, ist das passivische „expressionslose Subjekt“<sup>119</sup>, „dem es an Bereitschaft und Fähigkeit zum (Selbst-)Kreationismus mangelt“<sup>120</sup>. Indem das postmoderne Intimitätssubjekt auf Selbstkreation festgelegt ist, muss eine heteronome Formung durch Regeln eines moralischen oder sozialen Sollens als illegitim erscheinen. Die fortwährende Kohärenz von innerem Begehren und außengerichteter Handlung wird nicht als amoralisch oder asozial, sondern geradezu als einzig legitimer Prüfstein einer gelungenen Existenz präsentiert<sup>121</sup>. Das Individuum definiert sich daher über seine permanente Fähigkeit zum Wandel – in Abhängigkeit von momentanen Wünschen und Emotionen, die als genuiner Ausdruck des authentischen inneren Selbst gewertet werden<sup>122</sup>. Kurzum: Das postmoderne Intimitätssubjekt bezieht seine kreativ-expressive Essenz, seine Subjekthaftigkeit, nicht aus dem Festhalten an einmal getroffenen Entscheidungen, sondern aus der Fähigkeit und der Bereitschaft, seine Entscheidungen fortlaufend zu überdenken und gegebenenfalls zu revidieren. Während das bürgerliche Intimsjekt erst im Ordnungsgefüge der Familie seine vollwertige Persönlichkeit erlangte, bleibt das „wahre Selbst“ der Postmoderne damit immer a-kontextuell, von der jeweiligen Beziehung abgehoben. Ja, die postmoderne Intimitätskultur präsentiert Bindungen sogar als Medien, die eine Verwirklichung des Subjekts, die Maximierung seiner Seins- und Erlebensmöglichkeiten gefährden können: „Das postmoderne Paar [...] dechiffriert [...] jede Konnotation einer >Komplettierung< der

für sich allein unvollständigen >Hälfte< des Ego durch einen komplementären, nicht-austauschbaren Alter – die damit beide lebenslang aneinander gekettet bleiben – [...] als eine soziale Abhängigkeitsbeziehung, die nicht als Bedingung, sondern als Bedrohung seines expressiven Ichs erscheint“<sup>123</sup>.

Wenn das postmoderne Intimitätssubjekt auf persönliche Beziehungen als „Mittel, Bedingung und stützender Hintergrund“<sup>124</sup> zur Erfahrungspotenzierung des Ich angewiesen ist, so muss die Möglichkeit der Eingehung, Auflösung und erneuten Eingehung derartiger Beziehungen fortlaufend gewährleistet sein; ebenso sollte, wenn das postmoderne Intimitätssubjekt auf die Vermeidung von Kodependenzen bedacht ist, die Auflösung einer Beziehung die Beteiligten im Grundsatz in ihrer – psychologischen wie ökonomischen – Struktur unversehrt zurücklassen. Beiden postmodernen Gedankengängen (deren Richtig- bzw. normativer Wertigkeit hier nicht weiter nachgegangen werden kann und soll) trägt das „interindividuelle“ Ehemodell – in seiner Gewährleistung der einseitigen Aufkündbarkeit von Ehen unter gleichzeitiger Minimalisierung der sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen – Rechnung.

Wie aber erklärt sich, in einer Subjektkultur des kreativen Individualismus, ein eher relational geprägtes Vertragsrechtsmodell? Obwohl für diese zweite Subjektkulturepoche die Erklärung nicht so eindeutig ausfällt wie für das bürgerliche Zeitalter, liegt meines Erachtens ein Begründungsansatz darin, dass das postmoderne Subjekt – im Gegensatz zum bürgerlichen Subjekt – in erster Linie Intimsjekt ist. Intimität ist ein Hauptaspekt der postmodernen Suche nach dem wahren inneren Ich. Das authentische auf self-growth gerichtete Selbst lässt sich am Besten in persönlichen (und weniger gut in rein ökonomischen) Beziehungen entfalten. Persönliche Beziehungen, inklusive Ehe und Familie, haben sich, nachdem die meisten ihrer früheren Funktionen (wirtschaftlicher, erzieherischer usw. Art) weggefallen sind, geradezu auf die Herausbildung der Persönlichkeit und die Beförderung individueller Glückseligkeit spezialisiert. Ökonomische Beziehungen werden dagegen vielfach nur für den begrenzten Zweck eines Güter- oder Leistungsaustausches eingegangen, für den Begehren und Emotionen ohne größeren Belang sind. Die postmoderne kreativ-expressive Subjektkultur findet daher im Ökonomischen nicht ihr zentrales Betätigungsfeld und hinterlässt dort weniger deutliche Spuren.

Jedes interpretative Unterfangen sieht sich einer großen Versuchung ausgesetzt – der Versuchung, ein komplexes reales Gebilde auf einen einzigen Erklärungsansatz, einen einfachen (und häufig vereinfachenden) „Generalschlüssel“ zurückzuführen. Die Wahrheit, wie der irische Schriftsteller Oscar Wilde uns lehrt, ist jedoch „rarely pure and never simple“<sup>125</sup>. Der hier unterbreitete Erklärungsansatz versteht sich daher als das bloße Aufzeigen einer potenziellen Verbindung zwischen Rechts-

<sup>114</sup> v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts (Berlin, 1840), Bd. 1, S. 340.

<sup>115</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 529.

<sup>116</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 529.

<sup>117</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 451.

<sup>118</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 532.

<sup>119</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 551.

<sup>120</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 591.

<sup>121</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 593.

<sup>122</sup> Regan, The Pursuit of Intimacy, S. 168.

<sup>123</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 536.

<sup>124</sup> Reckwitz (Fn. 22), S. 527.

<sup>125</sup> Wilde, The Importance of Being Earnest (1895), 1. Akt.

und Subjektkultur – ohne den Anspruch zu erheben, die Wandlungen unserer Ehe- und Vertragsrechtssysteme kausal zutreffend, geschweige denn vollständig zu erklären.



# Zwischen europäischem Menschenrecht und tschechoslowakischer Verfassung: Welches Rechtsverständnis die Charta 77 motivierte und bei wem sie sich Gehör verschafft

Natali Stegmann, Regensburg

*Der vorliegende Beitrag ist der Rechtsauffassung der Charta 77 gewidmet. Er unternimmt eine geschichtswissenschaftliche Analyse des Dokuments als solchem und seines historischen Kontexts und verortet dies zwischen sozialistischen und universellen bzw. westlichen Ideen. Der Fokus richtet sich dabei vor allem auf Menschenrechte. Art und Orte des Menschenrechtsdiskurses verliehen den inneren Verhältnissen in der Tschechoslowakei internationale Bedeutung. Der Beitrag folgt der These, dass die Diskussion fundamentaler Rechtsgüter Wirklichkeiten gestaltete und veränderte; dies zeigt er exemplarisch auf.*

*The present article is dedicated to the legal conception of the Charta 77. It undertakes a historical analysis of the document itself and of its historical context, and locates the same between socialist and universal respectively western ideas. The focus is above all on human rights. The nature and the places of the discourse about human rights gave international meaning to the inner relations in Czechoslovakia. The article follows the thesis that the discussion of fundamental legally protected rights created and changed realities; it shows this by the help of several examples.*

*Cet article se dédie à l'analyse de la conception des droits de la Charte 77. Il est question d'examiner d'un point de vue historique le document en tant que tel ainsi que son contexte historique pour en déduire des conclusions sur le rapport entre les idées socialistes et universelles ou bien occidentales. L'article se concentre surtout sur l'analyse des droits de l'homme. La façon de discuter ceux-ci et également l'endroit de ce discours ont accordé une importance internationale aux relations intérieures en Tchécoslovaquie. L'article démontre le bien-fondé de la thèse que la discussion au sujet des droits fondamentaux créa et changea des réalités; c'est un des buts de l'article d'élaborer cette argumentation à l'aide de plusieurs exemples.*

Mit der Schlussakte von Helsinki wurden 1975 Menschenrechte zu einer zentralen Kategorie in der Konfrontation zwischen „Ost“ und „West“ und zugleich zwischen den Oppositionsbewegungen in den Ostblockstaaten und den spätsozialistischen Regimes. Dies ging mit der Umdeutung von Begriffen einher und mit einem Umbau öffentlicher Räume. Der Beitrag möchte die Charta 77 als Momentaufnahme im Prozess der Auseinandersetzung zwischen den genannten Akteuren untersuchen. Dabei soll nachgezeichnet werden, welches Verständnis von Menschenrechten der „Westen“, die Ideologen des real existierenden Sozialismus und die Dissidenten hatten, in welcher Weise und wo sie sich darüber auseinandersetzten und wie sie damit Wahrnehmungen und Wirklichkeit veränderten. Die Charta 77 steht dabei zwischen der Reformbewegung des „Prager Frühling“, die im August 1968 durch den Einmarsch der Truppen des Warschauer Paktes in Prag jäh unterbunden worden war und der Erosion des sozialistischen Systems in den späten 1980er Jahren.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Zum Untergang des Kommunismus in der Tschechoslowakei:

## I. Methodische Überlegungen

In der Geschichtswissenschaft ist die Frage nach Veränderungsdynamiken und damit nach institutionellen Kontinuitäten und nach durch Ereignisse herbeigeführten Brüchen zentral. Die fraglichen Phänomene äußern sich vorrangig im Medium der Sprache oder anderer Zeichensysteme (wie etwa Bildern).<sup>2</sup> Dieser Umstand prägt ganz wesentlich das Verständnis von Wirklichkeit. Wirklichkeit ist demnach nur anhand von Sprechakten nachvollziehbar. In einer radikalen Lesart gibt es keine Wirklichkeit jenseits dessen, was sich in Zeichen abbildet. Auch diejenigen Historiker/innen, die der so genannten linguistischen Wende<sup>3</sup> nicht gefolgt sind und die dementsprechend diskursanalytischen Herangehensweisen kritisch gegenüber stehen, werden nicht abstreiten, dass die Geschichtswissenschaft ihre Schlussfolgerungen vor allem aus der Analyse von Texten zieht. Quelleninterpretation ist ihr Kerngeschäft. Grundsätzlich eignen sich alle Arten von Texten zur Quellenanalyse. Die Interpretation der Quellen gibt dabei Ausschluss darüber, wie der Text zu verstehen ist. Auch Verfassungen und Gesetzestexte sind demnach Quellen. Verfassungen sind – darin dürfte zwischen den Disziplinen Einigkeit bestehen – normative Texte, und zwar zunächst unabhängig davon ob sie sich nach dem heutigen Verständnis demokratisch geben oder ob sie ihre Legitimität aus anderen Grundsätzen herleiten. Verfassungen sind darüber hinaus ein Ausdruck und ein Instrument moderner Staatlichkeit und prägen als solche das Verhältnis zwischen Staaten und Staatsbürgern und damit Machtverhältnisse. Sie bilden also Realität nicht ab, sondern sie möchten durch die Setzung von vermeintlich allgemeingültigen Werten die Orientierungen der Staatsbürger wiedergeben und zugleich deren Handeln prägen.<sup>4</sup> Der Staat gilt dabei dem Grundsatz nach als Verkörperung des Allgemeinwohls.<sup>5</sup>

Michal Pullmann, *Konec experimentu. Přestavba a pád komunismu v Českoslovenku*, Prag 2011.

<sup>2</sup> Achim Landwehr, *Historische Diskursanalyse*, Frankfurt a.M. 2009 (2. Auflage), 18–19.

<sup>3</sup> Zu den „Turns“ (Wenden) in der Geschichtswissenschaften vgl.: Doris Bachmann-Medick, *Cultural Turns*, Version: 1.0, in: *Docupedia-Zeitgeschichte*, 29. 3.2010, URL: [http://docupedia.de/zg/Cultural\\_Turns](http://docupedia.de/zg/Cultural_Turns).

<sup>4</sup> Dies gilt auch für die Rechtsdogmatik: Christoph Gusy, „Wirklichkeit“ in der Rechtsdogmatik, in: *Juristenzeitung* 46 (1991), 5, 213–222, hier 216.

<sup>5</sup> Staat und Souveränität, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart

Wenn demnach die staatlichen Akteure mit den Staatsbürgern uneins über die Grundwerte der Verfassung sind, so ist dies eine Gefahr für die innere Ordnung. In dieser Lesart sind Verfassungen also Sprechakte, die mit ihren Setzungen Wahrnehmungen ebenso abbilden wie vorwegnehmen und damit Wirklichkeit erschaffen. Sprechakte sind zugleich Handlungen.<sup>6</sup> Daraus folgt, dass sich das analytische Interesse nicht nur auf den Inhalt des Gesagten, sondern auch auf den Sprechenden (den Akteur) und auf den Ort der Handlung (auf die Bühne sowie auf das Publikum) richtet. Es gilt also das kommunikative Feld der Sprechhandlung mit im Blick zu behalten. Dies drückt sich auch in der Idee der performance aus: Sinn und Bedeutung werden demnach kommunikativ hergestellt (dies ist etwa für den Vorgang der Taufe signifikant; auch Rechtshandlungen sind häufig symbolisch).<sup>7</sup> Im diesem Sinne lassen sich die hier verhandelten Quellen als ein Akt des doing dissens lesen. Eindrücklich ist dies etwa an Václav Havels berühmter Schrift „Versuch, in der Wahrheit zu leben“ (tschechisch: *Moc bezmocních / Die Macht der Ohnmächtigen*) nachvollziehbar,<sup>8</sup> der in der Forschung ein großer Einfluss auf die Oppositionsbewegungen in Ostmitteleuropa attestiert wird.<sup>9</sup> Havel war Schriftsteller, Charta-Unterzeichner und von 1989 bis 2003 Staatspräsident der Tschechoslowakei bzw. ab 1993 der Tschechischen Republik. Die Schrift ist weniger eine Grundsatzerklärung als vielmehr ein Skript der Andersdenkenden. Sie will die Ohnmächtigen zum Handeln bringen. Havel war vor allem ein Bühnenautor. Seine Aufforderung, einfach so zu leben als ob es keine Ideologie, keine Zensur und keine Einschränkung der Freiheitsrechte gäbe, war an unterschiedliche Akteure gerichtet und enthielt zugleich die Behauptung, dass dieses Programm umsetzbar sei. Havel schaffte damit in einer wohl kalkulierten Unverschämtheit eine neue Wirklichkeit. Wie in einem Guckkasten führt er neue Wahrnehmungs- und Handlungsweisen vor. Das Werk beginnt schon mit der Beschwörung eines Geistes: „Ein Gespenst geht um in Osteuropa, ein Gespenst, das man im Westen Dissidententum nennt.“<sup>10</sup> Dieser Satz als Paraphrase der Eingangsworte des Kommunistischen Manifests ist nicht nur eine Provokation, er steckt zugleich auch das kommunikative Umfeld ab. Havel arbeitete sodann mit dem Bild eines Gemüsehändlers, der aus Gründen der Wahr-

haftigkeit das Spruchband „Proletarier aller Länder, vereinigt Euch“ aus seinem Schaufenster nahm. So entfaltete der Text Wirkmacht: Er erschien im Westen und im Samizdat<sup>11</sup>, er brachte den Autor wegen „antisozialistischer Agitation“ ins Gefängnis, er richtete die internationale Aufmerksamkeit auf die politischen Verhältnisse in der Tschechoslowakei, er fand Kuriere und Multiplikatoren, er war gefährlich. Die Adaptionen des Textes waren dabei vielfältig und zuweilen eigensinnig.<sup>12</sup> Das ist es, was hier mit performance bezeichnet wird: Im Fokus steht nicht nur was gesagt wird, sondern auch wie es verbreitet wird, an wen es sich richtet und welche Art von Wirklichkeit damit geschaffen oder auch ins Blickfeld gerückt wird. Insofern bezeichnet performance die „Magie“ des Sprechaktes.<sup>13</sup>

## II. Begriffe und Handlungsräume

Dieser zweite Aspekt ist besonders dann zentral, wenn wir uns den Auseinandersetzungen um Menschenrechte im Spätsozialismus zuwenden. Menschenrechte sind unmittelbar mit der Idee bürgerlicher Freiheit verbunden, wie sie ihren Ausdruck idealtypisch in der Französischen Revolution fand. Damit lässt sich der fragliche Diskurs hervorragend an die Begriffsgeschichte anknüpfen. Die Begriffsgeschichte geht nämlich davon aus, dass moderne Leitkategorien im Vorfeld der Französischen Revolution geprägt und allgemein verständlich wurden.<sup>14</sup> Dabei ist der Sozialismus bislang kaum Gegenstand begriffsgeschichtlicher Analysen geworden.<sup>15</sup> Grundsätzlich muss man davon ausgehen, dass die sozialistischen Leitkategorien an jene der Moderne anknüpfen und deren Begriffe neu interpretierten. Dabei brachten sie neue Wortbedeutungen hervor. An diesen neuen Wortgebrauch knüpfte dann auch der reformsozialistische wie der oppositionelle Diskurs in der Spätphase des Sozialismus an. Die Kritik am real existenten Sozialismus zielte also nicht direkt auf die ältere bürgerliche Wortbedeutung. Vielmehr ist der entsprechende Kommunikationsprozess von Mehrdeutigkeiten geprägt. Wie zu zeigen sein wird spielten in der Auseinandersetzung um Menschenrechte der starre und streng kontrollierte Wortgebrauch im Stalinismus<sup>16</sup> sowie der Wille zur Benennung der stalinistischen Verbrechen eine zentrale Rolle. Ebenso ist das Thema unmittel-

Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-soziologischen Sprache in Deutschland*, Bd. 6. Stuttgart 1990, 1–65, 21–22; Michel Foucault, *The Political Technology of Individuals*, in: Martin H. Luther/Huck Gutman/Patrick H. Hutton (Hrsg.), *Technologies of the Self. A Seminar with Michel Foucault*. London 1988, 145–162, hier 158–161.

<sup>6</sup> Landwehr, *Historische Diskursanalyse*, 23–24.

<sup>7</sup> Angelika Linke, *Politics as Linguistic Performance: Function and ‚Magic‘ of Communicative Practices*, in: Willibald Steinmetz, *Political Languages in the Age of Extremes*, Oxford 2011, 53–66, hier 53–56.

<sup>8</sup> Václav Havel, *Versuch, in der Wahrheit zu leben. Von der Macht der Ohnmächtigen*, Reinbek bei Hamburg 1980, (tschechische Samizdatausgabe von 1978), 21.

<sup>9</sup> Barbara J. Falk, *The Dilemmas of Dissidence in East-Central Europe*, Budapest 2003, 215–225; Willibald Steinmetz, *New Perspectives on the Study of Language and Power in the Short Twentieth Century*, in: ders., *Political Languages*, 5–51, hier 26–29.

<sup>10</sup> Havel, *Versuch*, 9.

<sup>11</sup> Samizdat ist die Bezeichnung für selbst erzeugte und unter der Hand zirkulierte Druckerzeugnisse.

<sup>12</sup> Rainer Gries, *Kulturgeschichte des Kommunizierens. Konjunktionen, Konjunkturen und Konnetivitäten*, in: Klaus Arnold/Markus Behmer/Bernd Semrad (Hg.), *Kommunikationsgeschichte. Positionen und Werkzeuge. Ein diskursives Hand- und Lehrbuch*, Berlin 2008, 46–71, hier 47–48.

<sup>13</sup> Linke, *Politics*, 55.

<sup>14</sup> Brunner, Conze, Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, 8 Bd., Stuttgart 1972–1997.

<sup>15</sup> Auch ein aktueller Appell, das 20. Jahrhundert stärker zum Gegenstand begriffsgeschichtlicher Analysen zu machen, systematisiert diese Frage nicht: *Zeitgeschichte der Begriffe? Perspektiven einer Historischen Semantik des 20. Jahrhunderts*, *Zeithistorische Forschungen / Studies in Contemporary History* 2010/1; <http://www.zeithistorische-forschungen.de/site/40208989/default.aspx>, 22.2.2010.

<sup>16</sup> Als eindringliche Schilderung vgl.: Czesław Miłosz, Murti-Bing, in: Ders., *Verführtes Denken*, Frankfurt am Main 1974, 16–37.

telbar an das sich wandelnde Zeitverständnis in der post-stalinistischen Phase gekoppelt.

Dass die politischen Kämpfe in der Spätphase des Sozialismus Kämpfe um Wörter, Bedeutungen und um das Publikum waren, hat schon Havel in seinem oben erwähnten Essay konstatiert<sup>17</sup> und ist sowohl von weiteren Zeitgenossen als auch in aktuellen Veröffentlichungen vielfach betont worden.<sup>18</sup> Von großer Bedeutung waren dabei veränderte Formen der Öffentlichkeit, die sowohl im Ostblock aus auch im Westen mit einer Abkehr von der starren Systemkonfrontation einhergingen. Die Idee der „friedlichen Koexistenz“ hatte dabei ihre Entsprechung in der Entspannungspolitik der 1970er Jahre.<sup>19</sup> Diese neue Politik fand in der Schlussakte von Helsinki ihren vorläufigen Höhepunkt. Der Eiserne Vorhang wurde durch neue Medien und auch durch zunehmende Reisefähigkeit immer durchlässiger. Ein besonders sprechendes Beispiel hierfür war Radio Free Europe, ein Radiosender, der aus München Rundfunkbeiträge gen Osten ausstrahlte.<sup>20</sup> Von großer Bedeutung für die Umdeutung im Innern der sozialistischen Gesellschaften war außerdem das Phänomen des Samizdat als einer Form der Befreiung des Wortes von Zensur und allzu engen Auslegungen.<sup>21</sup> Wir haben es also mit einer Aufweichung der Diskursgrenzen sowohl zwischen offiziellen und inoffiziellen Akteuren im Sozialismus, als auch zwischen sozialistischer und internationaler Öffentlichkeit zu tun. Die Vielschichtigkeit der entsprechenden Kommunikationsstruktur drückt sich sprechend in Havels oben zitiertem Satz aus, das osteuropäische „Gespenst“ werde im Westen „Dissidententum“ genannt: Es gab hier ganz offensichtlich mehrere Bühnen und unterschiedliches Publikum. In den 1970er und 1980er Jahren war es im Westen nach wie vor ein kompliziertes Unterfangen, sich Informationen über die sozialistischen Länder zu beschaffen. Im Geiste der Zeit wurden deshalb an zahlreichen Orten so genannte Zeitungsausschnittsarchive an-

gelegt. Darin wurden Presseartikel aus den sozialistischen Ländern, aus der westlichen Presse, aus der Exilpresse und teilweise auch aus dem Samizdat verschlagwortet und entsprechend abgelegt. Eine der umfangreichsten Sammlungen dieser Art besitzt das Pressearchiv des Herder Instituts in Marburg. Für diesen Artikel wurden dort die Bestände zum Thema Menschenrechte in der Tschechoslowakei ausgewertet.<sup>22</sup> Zwar sind diese Sammlungen mehrfach gefiltert: durch die Beschaffenheit der gesichteten Medien, durch die Art der Verschlagwortung und durch die Auswahl durch den Archivar. Diesem Umstand wird in der Analyse einerseits durch ergänzende Materialauswahl begegnet. Andererseits wiegt er in der diskursanalytischen Analyse insofern weniger schwer, als dass sie gerade das Serielle und das Typische in den Aussagen über ein Phänomen sucht.<sup>23</sup> In diesem Sinne werde ich im Folgenden die Bedeutungsverschiebungen und die geänderte performance in der Rede über Menschenrechte am Beispiel von drei Ereignissen darstellen, nämlich an der Verfassung von 1960, an der reformsozialistischen Kritik im Prager Frühling und an der Überschreitung dieser Diskursgrenzen durch die Charta 77. Für die Analyse sind über die dargestellten theoretischen Prämissen hinaus die jeweiligen Zeitvorstellungen grundlegend. Um die Veränderungsdynamiken nachzuvollziehen, sind nämlich die zeit- und ortsspezifischen Auffassungen von Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft von großer Relevanz.<sup>24</sup>

### III. Sozialismus I: Dogmatik und Versprechen

1960 hatte sich die Tschechoslowakei als erstes sozialistisches Land eine Verfassung gegeben, die sich an einer orthodoxen marxistisch-leninistischen Rechtsauffassung orientierte.<sup>25</sup> Darin wurde erklärt, dass der „Sozialismus in unserem (Vater)land [vlast] gesiegt habe“. Nun wolle man „Hand in Hand mit dem großen Verbündeten, der brüderlichen Union der Sowjetrepubliken“ weiter schreiten.<sup>26</sup> So der erste Absatz der Präambel. Im ersten Teil über die „Gesellschaftlichen Institutionen“ wurde weiter die führende Rolle der Partei festgeschrieben (Artikel 4).<sup>27</sup> Welche Auffassung der Menschenrechte drückte sich in diesem Text aus? Menschenrechte als eine grundlegen-

<sup>17</sup> Václav Havel, Versuch, in der Wahrheit zu leben. Von der Macht der Ohnmächtigen, Reinbek bei Hamburg 1980, (tschechische Samizdatausgabe von 1978), 21.

<sup>18</sup> Toni Judt, Geschichte Europas von 1945 bis zur Gegenwart, Frankfurt a.M. / Zürich / Wien 2005, 649; Paulina Bren, Looking West: Popular Culture and the Generation Gap in Communist Czechoslovakia, 1969-1989, in: Luisa Passerini (Hg.), Across the Atlantic. Cultural Exchanges between Europe and the United States, Frankfurt a.M. u.a. 2000, 295-321, hier 296.

<sup>19</sup> Gerhard Wettig, Das sowjetische Koexistenz-Konzept: Grundlage eines friedlichen Verhältnisses zwischen Ost und West?, in: Osteuropa 1974, 3, 180-187; Kurt Marko, Die Dissidenten und die Entspannung, in: Osteuropa 1974, 5, 366-371.

<sup>20</sup> A. Ross Johnson/R. Eugene Parta (Hg.), Cold War Broadcasting: Impact on the Soviet Union and Eastern Europe. A collection of Studies and Documents, Budapest 2010.

<sup>21</sup> Dietrich Beyrau, Die befreiende Tat des Wortes. Dissens und Bürgerrechtsbewegungen in Osteuropa, in: Forschungsstelle Osteuropa (Hg.), Samizdat. Alternative Kultur in Zentral- und Osteuropa: Die 60er bis 80er Jahre, Bremen o. J. (2000), 26-37, hier 36; Sergei Alex. Oushakine, The Terrifying Mimicry of Samizdat, in: Public Culture 13 (2001), 2, 191-214; Gordon H. Skilling, Samizdat and an Independent Society in Central and Eastern Europe, Columbus 1989; Friederike Kind-Kovács/Jan C. Behrends, Vom Untergrund in den Mainstream: Samizdat, Emigrationsliteratur und Tamizdat und die Neuerfindung Mitteleuropas in den achtziger Jahren, in: Archiv für Sozialgeschichte (45) 2005 (=West-Ost-Verständigung im Spannungsfeld von Gesellschaft und Staat seit den 1960er-Jahren), 427-448.

<sup>22</sup> Dort sind sie unter T 221 nach Eingang in chronologischer Reihenfolge archiviert. Ich übernehme im Folgenden die dort gemachten Angaben zur Herkunft der Ausschnitte; ergänzt wird das Material durch zeitgenössische Lexika- und Zeitschriftenartikel, insbesondere aus „Osteuropa“.

<sup>23</sup> Landwehr, Historische Diskursanalyse, 101-105.

<sup>24</sup> Reinhart Koselleck, Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten, Frankfurt a.M. 1989; Stefan Plaggenborg, Über das Zeitverständnis im real existierenden Sozialismus, in: Martin Schulze Wessel/Christiane Brenner (Hg.), Zukunftsvorstellungen und Staatliche Planung im Sozialismus: Die Tschechoslowakei im ostmitteleuropäischen Kontext 1945-1989, München 2010, 19-31.

<sup>25</sup> Otto Luchterhandt, Die Menschenrechte in den Ost-West-Beziehungen und die Bürgerrechtsbewegung in Osteuropa, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 48/93, 3. Dezember 1983, 12-22, hier 12; zu den Grundrechten in der marxistisch-leninistischen Auffassung: Bernhard Pfahllberg/Georg Brunner, Grundrechte, in: Sowjet-system und demokratische Gesellschaft, DB. II, Freiburg/Basel/Wien 1968, 1102-1121, hier 1112-1118; Wojciech Sokolewicz, Über die sozialistische Auffassung von Grundrechten und -pflichten, in: Jahrbuch für Ostrecht 19 (1978), 2, 111-142.

<sup>26</sup> Ústava Československé socialistické republiky, Praha 1960, 5.

<sup>27</sup> Ebd., 10.



de Idee der Französischen Revolution galten in der sozialistischen Lesart als bürgerlich, als ein Instrument zur Klassenherrschaft der Bourgeoisie. Deren naturrechtliche Begründung lehnte die sozialistische Rechtsdogmatik ab. Die Herrschaft des Proletariats erkannte demnach keine Individualrechte an, die den Interessen der Arbeiterschaft übergeordnet waren. Formal bestimmte die Partei darüber, wie diese Interessen zu definieren waren. Was vor diesem Hintergrund von der hehren Idee der Menschenrechte übrig blieb, wurde im real existierenden Sozialismus als Grundrechte definiert. Die Grundrechte galten nach der sozialistischen Theorie nicht als universell und vorstaatlich. Sie waren vielmehr in einem festen System von Rechten und Pflichten verankert, wobei beides durch Arbeit definiert war. Die sozialistische Gesellschaft war eine Gemeinschaft der Arbeitenden. Diese Grundsätze wurden nun in Kapitel zwei über die Rechte und Pflichten der Bürger festgeschrieben. Diese garantierte darüber hinaus die „Freiheit des Wortes und der Presse“, solange dies im Einklang mit den „Interessen des werktätigen Volkes“ stehe (Artikel 28).<sup>28</sup> Weiter sollte die Arbeit der Gerichte (Kapitel 8) dem „Schutz des sozialistischen Staates“ dienen (Artikel 97).<sup>29</sup> Im Grundsatz ist die sozialistische Auffassung also ganz klar auf den Erhalt des Sozialismus in der definierten Lesart gerichtet. Die dogmatische Auffassung der Grundrechte änderte sich dabei in der poststalinistischen Phase nicht. Wenn nun aber erklärt wurde, der Sozialismus habe gesiegt, so bedeutete dies, dass die Phase des Kampfes und der Entbehrungen vorbei war, dass die Bürger nun von ihrem Staat ein Mindestmaß an materieller und ideeller Sicherheit erwarten konnten. Darin war zumindest ein implizites Versprechen enthalten: Die Zukunft werde besser sein als die Vergangenheit; die Gegenwart war tendenziell statisch. Faktisch war diese Phase jedoch von einer umfassenden Veränderungsdynamik geprägt. Die Abkehr vom Stalinismus bedeutete dabei vor allem ein Weniger an staatlich exekutierter Gewalt. Die allumfassende Feindrhetorik büßte in dieser zweiten Entwicklungsstufe des Sozialismus an Schrecken ein.<sup>30</sup> Mit dem Fortgang der gesellschaftlichen Entwicklung kehrte auch die Vergangenheit zurück; der Sozialismus büßte seine Zeitlosigkeit ein.<sup>31</sup> Dies erforderte zugleich ein Mehr an formalrechtlicher Legitimität. Genau hier entzündete sich nun der Konflikt, der einen großen Teil der sozialistischen Staatsbürger in der Tschechoslowakei so weit in Opposition zum Staatssozialismus bringen sollte, dass sie sich schließlich auf internationales Recht und auf universelle Rechtsgüter beriefen, um sich wiederum vor Verfolgung zu schützen.

#### IV. Sozialismus II: Entstalinisierung und Dynamisierung

Die Anziehungskraft des Kommunismus war in der Tschechoslowakei weit größer gewesen als in den ande-

ren Satellitenstaaten der Sowjetunion.<sup>32</sup> Vermeintlich deshalb war das Ausmaß der Gewaltherrschaft dort umfassender als anderswo.<sup>33</sup> Das charakteristische Kennzeichen des tschechoslowakischen Stalinismus waren Säuberungen und Schauprozesse gewesen. Diese sowjetischen Instrumente der Diktatur und des Terrors, die allgemein den 1930er Jahren zugeordnet werden, entfalteten sich in den 1950er Jahren in dem westlichsten Satellitenstaat noch einmal. Laut Karol Kaplan wurden zwischen 1948 und 1952 in dem kleinen Land 40 000 bis 45 000 Bürger in politischen Prozessen zu einer Haftstrafe von durchschnittlich 10 Jahren verurteilt, 232 Todesurteile verhängt, von denen 178 vollzogen wurden, und zahlreiche weitere Menschen von den Bezirks-, Kreis- und Militärgerichten zu kürzeren Haftstrafen verurteilt.<sup>34</sup> In den 1960er Jahren galt das Bemühen um Aufklärung des Unrechts und um Rehabilitierung der Opfer als Ausgangspunkt einer Erneuerung der Gesellschaft im Sinne eines tschechoslowakischen Sozialismus. Der Reformsozialismus des „Prager Frühlings“ fand hierin einen frühen Ausdruck. Indem das Unrecht des Stalinismus aufgearbeitet wurde sollte dem Sozialismus eine demokratische und rechtsförmige Praxis gegeben werden. Damit knüpfte man zugleich an das frühere nicht-sowjetische Verständnis des Sozialismus an, an einen Sozialismus, der aus den europäischen Verhältnissen des 19. Jahrhunderts erwachsen war.

Einer der führenden Reformsozialisten war Ludwig Vaculík; auch er unterzeichnete im Januar 1977 die Charta. Vaculík hielt im Juni 1967 eine Rede auf dem tschechoslowakischen Schriftstellerkongress, in welcher er u.a. darüber sprach, dass er in letzter Zeit häufig die Verfassung gelesen habe und zu der Ansicht gelangt sei „dass dies ein ungut zusammen geselltes Werk [sei], das vielleicht deshalb die Autorität bei Bürgern und Behörden verloren“ habe. Der Text sei „weitschweifig“ und drücke sich in vielen wichtigen Fällen „nebelhaft“ aus. Zur oben zitierten Garantie der Pressefreiheit bemerkte Vaculík, dieselbe entspreche per se den Interessen des werktätigen Volkes. Die Einschränkung, sie wäre nur in diesem Falle zu gewähren, sei daher „überflüssig“ und sogar „irreführend“, weil eine Definition dessen, was die Interessen des werktätigen Volkes seien, unterbleibe und somit eine willkürliche Auslegung ermögliche.<sup>35</sup> Diese Kritik ist ebenso fundamental wie typisch. Das Recht wird dabei als Maske dargestellt, hinter der die Alleinherrschaft der Partei versteckt gehalten werde. Die Macht aber gehörte

<sup>28</sup> Ebd., 19.

<sup>29</sup> Ebd., 44.

<sup>30</sup> Jörg Baberowski, *Der rote Terror. Die Geschichte des Stalinismus*, Bonn 2007.

<sup>31</sup> Plaggenborg, *Verstetigte Gegenwart*, 31.

<sup>32</sup> Karel Kaplan, *Der kurze Marsch. Kommunistische Machtübernahme in der Tschechoslowakei 1945–1948*. München/Wien 1981, 20–21.

<sup>33</sup> Jiří Pelikán, Einleitung, in: Ders. (Hg.), *Pervertierte Justiz. Bericht der Kommission des ZK der KPTsch über die politischen Morde und Verbrechen in der Tschechoslowakei 1949–1963*. Wien 1972, 13.

<sup>34</sup> Karel Kaplan, „Massenungesetzlichkeit“ und politische Prozesse in der Tschechoslowakei 1948 bis 1953, in: Wolfgang Maderthaner/Hans Schafranek/Berthold Unfried (Hrsg.), „Ich habe den Tod verdient“. Schauprozesse und politische Verfolgung in Mittel- und Osteuropa. Wien 1991, 37–56, hier 50f.

<sup>35</sup> Rede des tschechischen Schriftstellers Ludvík Vaculík auf dem IV. Kongress Tschechoslowakischer Schriftsteller über das Verhältnis zwischen Staatsbürger und Macht, zwischen Macht und Kultur am 28. Juni 1967, in: *Osteuropa* 1968, 3, 233–243, hier 237.

in Vaculíks Auffassung dem Volk. Das brachte er ganz dezidiert in seinem berühmten Aufruf „Zweitausend Worte gewidmet den Arbeitern, Bauern, Angestellten, Wissenschaftlern, Künstlern und allen“ vom Juni 1968 zum Ausdruck. Dieses forderte die tschechoslowakischen Staatsbürger zur Umsetzung direkter Demokratie auf. Obgleich seine Lageeinschätzung insbesondere zum Zustand der Partei sehr pessimistisch war entwarf Vaculík darin dennoch eine Zukunftsvorstellung, die weiterhin sozialistisch und darüber hinaus basisdemokratisch war. Von entscheidender Bedeutung war dabei die Aufarbeitung des Stalinismus. Dieses Erbe musste überwunden werden, um zu einer neuen Wahrhaftigkeit zu kommen, zu einem „Sozialismus mit menschlichem Antlitz“, wie der zentrale Slogan des Prager Frühling lautete. Vaculík führte dazu aus:

„Seit Beginn des Jahres befinden wir uns in einem Erneuerungsprozess der Demokratisierung. [...] Er bringt Gedanken und Themen, von denen viele älter sind als die Irrtümer unseres Sozialismus und andere unter der Oberfläche der sichtbaren Geschehnisse entstanden, die längst hätten ausgesprochen werden sollen, aber unterdrückt wurden. Hegen wir nicht die Illusion, dass diese Gedanken jetzt durch die Kraft der Wahrheit siegen. [...] Die Wahrheit siegt somit nicht, die Wahrheit bleibt einfach übrig, wenn man alles sonstige verschleudert! Darum besteht kein Anlaß zu nationalem Siegesjubiläum, nur Grund zu neuer Hoffnung.“<sup>36</sup>

Jan Pauer bezeichnet das Dokument als „spektakulärsten Ausdruck unabhängiger Öffentlichkeit“.<sup>37</sup> Die Veröffentlichung desselben provozierte unter anderen Faktoren den Einmarsch der Truppen des Warschauer Paktes in der Tschechoslowakei. Auch diese Worte entfalteten also Wirkung; auch sie waren gefährlich. Wahrheit steht in der zitierten Passage in einem unmittelbaren Zusammenhang zur Entstalinisierung. Denn der Stalinismus wurde mit monolithischem Denken und mit maskierten Sinngehalten assoziiert. Die Sprache des Stalinismus verschleierte, statt zu benennen; so hat es z.B. Czesław Miłosz analysiert.<sup>38</sup> Die Verfassung war in diesem Sinne ein Ausdruck der Lüge. Entstalinisierung bedeutete die Wiederaneignung von Sinn, von eigenständiger Wahrnehmung und von Individualrechten – so verstanden es zumindest die Reformsozialisten. Dieser Prozess war aber nicht unter Kontrolle zu halten und musste daher mit Macht unterbunden werden, wenn der Ostblock als solcher Bestand haben sollte. Dies drückte sich auch in der Breshnew-Doktrin vom November 1968 aus, die den Schutz der sozialistischen Staaten vor imperialistischen Kräften und die führende Rolle der Sowjetunion hervorhob. Dabei wurde explizit auf das Wirken antisozialistischer Kräfte in der Tschechoslowakei hingewiesen.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Ludvík Vaculík, Zweitausend Worte gewidmet den Arbeitern, Bauern, Angestellten, Wissenschaftlern, Künstlern und allen, in: Klaus Kamberger (Hg.), Der Fall CSSR. Strafkaktion gegen einen Bruderstaat. Eine Dokumentation, Frankfurt a.M. 1968, 116–123, hier 118.

<sup>37</sup> Jan Pauer, Prag 1968. Der Einmarsch des Warschauer Paktes, Bremen 1995, 28–29.

<sup>38</sup> Czesław Miłosz, Murti-Bing, in: Ders., Verführtes Denken, Frankfurt am Main 1974, 16–37.

<sup>39</sup> Leonid Brezhnev, The Brezhnev Doctrine, in: From Stalinism to

Es zeigte sich aber, dass die Darlegungen Vaculíks nicht mit Panzern aus der Welt zu schaffen waren. Die „antisozialistischen Kräfte“ hatten sich ganz offen die Macht des Wortes angeeignet. Sie vollzogen dabei eine radikale Abkehr von der stalinistischen Phraseologie. Wie sie dies machten lässt sich hervorragend anhand eines Beispiels darstellen. Im Prager Frühling war es faktisch zu einer Abschaffung der Zensur gekommen. In diesem Kontext entstand auch die Zeitschrift *Listy* (Blätter) als Organ des Schriftstellerverbandes. In der zweiten Ausgabe erschien im Frühjahr 1968 ein Artikel unter der Überschrift „Die Sprache als Hort der Freiheit“.<sup>40</sup> Es handelte sich um den Wiederabdruck einer Rede, die Heinrich Böll anlässlich der Verleihung des Eduard von der Heydt-Preises im Januar 1959 in Wuppertal gehalten hatte.<sup>41</sup> Böll reflektierte in dieser Rede über die Macht des Wortes. Das Wort entfalte „dort, wo der Geist als Gefahr angesehen wird“ die Macht „Welten in Bewegung“ zu setzen.<sup>42</sup> Zugleich betonte der deutsche Schriftsteller in seiner Rede, dass sich die Herrschenden ebenso der Worte bedienten, dass es auch „Worte sind, die den Menschen zum Gegenstand der Politik machen und ihn Geschichte erleiden lassen.“<sup>43</sup> Der Sprache bedienten sich demnach die Unterdrücker und Demagogen ebenso wie ihre Widersacher, die vor allem für Freiheit stritten. Im einen Falle diene sie der Manipulation, im anderen der Aufklärung; in einem werde sie zum Gegenstand der Beherrschung, im anderen zum Motor des Handels. Den Unterschied zwischen dem befreienden Wort und dem Wort als Hülse suchte Böll im Gewissen des Autors. Der Text legitimierte und idealisierte den widerständischen Umgang mit Worten so lange dies im Namen der Freiheit geschah und er diskreditierte zugleich die Ideologie als solche. Zugleich waren Freiheit und Widerstand wesentliche Bezugsgrößen in Bölls Argumentation wie sie dies auch in der frühen Tschechoslowakei gewesen waren; der Kampf des kommunistischen Widerstands gegen den Faschismus und die Befreiung der Tschechoslowakei durch die Rote Armee waren zentral für die Legitimation des sozialistischen Regimes.<sup>44</sup> Diese Begriffe erfuhren nun durch einen westlichen nichtsozialistischen Autor eine Umdeutung. Auf der übertragenen Ebene lässt sich mit dem Abdruck der Rede folgende Deutung des damaligen politischen Geschehens konstatieren: Es stritten demnach die ehemaligen Stalinisten und die Angehörigen des Schriftstellerverbands um das Wort als Waffe in der Deutung von Wirklichkeit. Indem je ein völlig anderer Gebrauch der Sprache unterstellt wird, grenzten sich die Fürstreiter für die Freiheit damit zugleich deutlich von

Pluralism. A Documentary History of Eastern Europe since 1945, New York / Oxford 1991, 132–134.

<sup>40</sup> Heinrich Böll, Jazyk jako záštita svobody, in: *Listy* 1 (1968), 2, 8.

<sup>41</sup> Uwe Eckardt (Hg.), Heinrich Böll und Wuppertal. Reden – Briefe – Meinungen (=Mitteilungen des Stadtarchivs, des historischen Zentrums und des Bergischen Geschichtsvereins – Abteilung Wuppertal e.V.), Wuppertal 1986, H. 2, 3–7.

<sup>42</sup> Ebd., 4.

<sup>43</sup> Ebd., 5.

<sup>44</sup> Christiane Brenner/Peter Heumos, Eine Heldentypologie der Tschechoslowakei. Zur Einführung, in: Silke Satjukow/Rainer Gries (Hg.), Sozialistische Helden. Eine Kulturgeschichte von Propagandafiguren in Osteuropa und der DDR. Berlin 2002, 235–243.

der Vergangenheit ab und stellten eine wesentlich andere Zukunft in Aussicht.

Die Zeitschrift *Listy* stellte mit Beginn der so genannten Normalisierung im Mai 1969 ihr Erscheinen ein. Die Entstehung neuer Öffentlichkeiten versuchten die neuen Machthaber nach dem August 1968 schrittweise umzukehren. Ein grundlegendes Problem dabei war, dass die vormals formulierten Ideen nun in der Welt der sozialistischen Tschechoslowakei waren und dort unkontrollierbar wirkten, dass sie das Denken und Handeln wenigstens einiger Menschen weiterhin prägten,<sup>45</sup> auch wenn die Blätter, in denen sie veröffentlicht worden waren, nicht weiter erscheinen konnten. Dies weist zugleich auf die Bedeutung von Publikationsformen. Denn die Zensur wurde nach 1969 nicht nur in Form des Samizdat umgangen, sondern auch in Form von Veröffentlichungen im westlichen Ausland und in den Organen des Exils. Dies betraf Romane ebenso wie offene Briefe, Interviews, Appelle und die Dokumente der Charta 77. Zahlreiche Texte wurden auf diese Art mehrfach veröffentlicht und waren somit in unterschiedlichen Öffentlichkeiten präsent. Trotz der verschärften Zensurbestimmungen und offener Repression gegen die Träger der Reformpolitik gelang es der Husák-Regierung nicht, die Informationen und besonders die Schrifterzeugnisse gänzlich unter ihre Kontrolle zu bringen.

## V. Dissens: Dialog und Grenzüberschreitung

Die Parteiorgane registrierten überaus genau, was wo erschien. Sie verfolgten die ausländische Presse und andere Publikationen, Radio Free Europe, den Samizdat, sowie die Exilzeitschriften. Und sie antworteten darauf auf zweierlei Art: Zum einen brachten sie ihre Gegner immer wieder unter vorgeschobenen Beschuldigungen vor Gericht und verurteilten sie meist unter Ausschluss der Öffentlichkeit zu Gefängnisstrafen.<sup>46</sup> Wie die Strafprozesse entsprachen auch die Haftbedingungen nicht den Menschenrechtskonventionen, und häufig auch nicht den tschechoslowakischen Gesetzen.<sup>47</sup> Zum anderen wurde in der Presse selektiv über entsprechende Beschuldigungen gegen das Regime berichtet, wobei Inhalte verzerrt dargestellt und die Sache als verlogene Kampagne des Westens dargestellt wurde. Der formale Anlass für die Initiierung der Charta 77 war die Tatsache, dass die Tschechoslowakei die Schlussakte von Helsinki ratifiziert und im Oktober 1976 deren Grundsätze über die „bürgerlichen und politischen Rechte“ sowie über die „wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte“ im Gesetzesblatt veröffentlicht hatte. Damit hatte das Normalisierungsregime die – wie es in der Schlussakte hieß – „universelle Bedeutung der Menschenrechte und Grundfreiheiten, deren Achtung ein wesentlicher Faktor für den Frieden, die Gerechtigkeit und das Wohlergehen ist“ anerkannt.<sup>48</sup> Das Charta-Dokument forderte die Regierung auf, sich an die

von ihr erlassenen Gesetze zu halten. Sodann wird aufgeführt, welche Grundrechte in der Tschechoslowakei nicht verwirklicht waren und gegen welche Gesetze dies verstieß. Die Unterzeichner forderten weiter die „politische und staatliche Macht“ zu einem „konstruktiven Dialog“ auf und boten sich als „Vermittler in anfallenden Konfliktsituationen“ an. Dieses Angebot war ausdrücklich auf das Gebiet der Menschenrechte beschränkt. Die Menschenrechte galten als der kleinste gemeinsame Nenner, unter dem sich Reformsozialisten, Liberale, Christen und „Unpolitische“ zusammenfanden. Die Tatsache, dass das Regime, mit dem man in den Dialog treten wollte, sozialistisch war, fand dabei nun keine Erwähnung mehr. Eine Definition dessen, was Sozialismus sei und wie eine sozialistische Regierung zu handeln habe, unterblieb. Auch nahm man allein auf die Veröffentlichung der o.g. Pakte Bezug, nicht aber auf die tschechoslowakische Verfassung, in der die Grundrechte in ihrer sozialistischen Lesart ebenfalls garantiert waren. Zu den Erstunterzeichnern gehörten über 600 Bürger, die mit vollem Namen und Berufsbezeichnung unterschrieben hatten.<sup>49</sup> Dieses erste Charta-Dokument erschien sowohl im Samizdat als auch in mehreren westlichen Zeitungen. Die Übergabe des Dokuments an die Regierung war von Polizeikräften durch die Festnahme der Überbringenden und die Beschlagnahme des Schriftstücks vereitelt worden.<sup>50</sup> Unmittelbar nach Bekanntwerden der Erklärung setzte das Regime eine Pressekampagne gegen die Unterzeichner in Gang. Darin wurden dieselben als „Gescheiterte [oder Bankrotteure] und Unerbetene“ bezeichnet, als antisozialistische Elemente, die sich vom Westen bezahlen ließen.<sup>51</sup> Vermeintlich regimetreue Künstler, Wissenschaftler, Lehrer und Betriebskomitees wurden zudem gedrängt, sich öffentlich von der Charta zu distanzieren.<sup>52</sup> Bemerkenswert ist dabei, dass das Charta-Dokument niemals offen erschienen ist, dass also die Künstler und die Arbeiter offiziell gar nicht wussten, wogegen die Kampagne genau gerichtet war. Zudem setzte die Husák-Administration die Menschenrechtsverletzungen, die von der Charta angezeigt worden waren, fort und reagierte sogar noch harscher als zuvor. Es war üblich den Charta-Unterzeichnern die Lebensgrundlage und die soziale Existenz zu rauben, indem man ihnen ihre Arbeit nahm. Die Kinder der Chartisten wurden nicht zu den Hochschulen zugelassen. Prominente Charta-Unterzeichner wurden in der Presse öffentlich diffamiert.<sup>53</sup> Zudem folgten weitere politische Prozesse, wobei jedoch nie

ropa (Seminarmaterial zur deutschen Frage, hrsg. v. gesamtdeutschen Institut, o.J.), 5.

<sup>49</sup> Deutscher Wortlaut: Die „Charta 77“, ebd., 45–49; Liste der Unterzeichner: ebd., 286–293; tschechischer Wortlaut: Prohlášení Charty 77, in: Blanka Císařovská/Milan Drápala/Vilém Prečan/Jiří Vančura (Hg.), Charta 77 očima současníků. Po dvaceti letech, Prag 1997, 295–298; Liste der Sprecher: ebd., 326–331.

<sup>50</sup> „Charta 77“ – Dokument Nr. 2, in: Riese, Charta 77, 259–261, hier 259.

<sup>51</sup> Ztroskotanci a samozvani, in: Rudé právo, 12. Januar 1977.

<sup>52</sup> Jednota strany a lidu je nerozborná, in: Učitel'ské noviny, 27. Januar 1977 (Nr. 4), 1–2; Jednoznačný postoj pedagogov, in: Učitel'ské noviny 27. Januar 1977 (Nr. 4), Bekenntnis unserer Unterhaltungskünstler zur Politik der KPTsch, in: Prager Volkszeitung, 11. Februar 1977 (Nr. 6), 1, 10.

<sup>53</sup> Wer ist Ludvík Vaculík?, in: Prager Volkszeitung, 11. März 1977 (Nr. 10); Zdeněk Mlynář – ein Meister der Verwandlungskunst, in:

<sup>45</sup> Dies betont z.B.: Adolf Müller, Zehn Jahre nach dem Prager 21. August. Eine Betrachtung, in: Osteuropa 1979, 8, 667–674, hier 668.

<sup>46</sup> Jiří Lederer, Rede vor dem Prager Stadtgericht, in: Ders., Tschechische Gespräche. Schriftsteller geben Antwort, Reinbek bei Hamburg 1979, 9–15.

<sup>47</sup> Ein Brief nach Prag. Autoren verlangen Klarheit, in: FAZ 21.2.1977 (Nr. 43), 17.

<sup>48</sup> Die KSZE. Konferenz über Sicherheit und Zusammenarbeit in Eu-



jemand wegen der Unterzeichnung der Charta verurteilt wurde. Vielmehr griff man einzelne Personen heraus, die wegen antisozialistischer oder staatsfeindlicher Handlungen angeklagt wurden.<sup>54</sup> Diese Prozesse brachten den Oppositionellen weitere Aufmerksamkeit in den westlichen Medien. Teilweise benutzten diese die Prozesse gezielt aus Bühne. Dabei änderte sich zunehmend der Adressat ihrer Reden und ihrer Schriften. Denn die Rede zu den sozialistischen Richtern war zugleich auch an die subkulturelle und an die westliche Öffentlichkeit gerichtet. Immer wieder beharrte die Charta darauf, dass sie keine umstürzlerischen Absichten habe, und dass sie vielmehr mit dem Appell an die Einhaltung des Rechts die tschechoslowakische Staatlichkeit stärken wolle.<sup>55</sup> Dies diente zum einen dazu, die Argumente des Regimes auch gegenüber dem Westen zu entkräften und zum anderen zum Schutz vor Verfolgung oder zumindest zur vermehrten Aufmerksamkeit ausländischer Beobachter; demnach handelte es sich eben nicht um eine innerpolitische Auseinandersetzung eines Staates mit seinen inneren Gegnern, sondern um die Einhaltung bzw. die Missachtung universeller und international festgeschriebener Grundsätze. Die Unterzeichner der Charta gaben 1980 in Interviews mit der westlichen Presse den Dialog mit dem Regime für gescheitert aus.<sup>56</sup> Damit war die Kommunikation über die Menschenrechtsverletzungen in der Tschechoslowakei und vermittelt darüber auch über die grundlegenden gesellschaftlichen Werte nur noch auf der westlichen Bühne möglich.

Bei genauer Betrachtung des Gesagten stellt sich die Frage, ob die Charta 77 überhaupt tatsächlich an den tschechoslowakischen Staat gerichtet war, oder ob sie sich nicht im Kern an eine internationale Öffentlichkeit richtete. Die dargestellte Beschränkung der Erklärung auf die Menschenrechte umging die Auseinandersetzung mit dem Sozialismus als Ideal und als Lebenswelt. Die Absicht der KSZE, den Frieden und den Wohlstand in Europa zu sichern beruht auf der Idee der einsetzenden Entspannungspolitik. Wie die Charta 77 so spart auch die Schlussakte von Helsinki den Begriff der Freiheit ebenso aus wie den des Sozialismus. Es handelte sich hier um eine diplomatische Aussparung. Mit der Veröffentlichung der entsprechenden Pakte im nationalen Gesetzesblatt und der Bezugnahme tschechoslowakischer Bürger auf dieselben wurden nun aber die Grenzen dieses diplo-

omatischen Aktes überschritten. Diese Grenzüberschreitung war nicht nur hochsymbolisch. Sie hatte auch ganz reale Aspekte. Dieser Akt war nicht antisozialistisch, aber er richtete sich gegen den real existierenden Sozialismus, wie er in der vormals zitierten Verfassung proklamiert wird. Von der Verfassung ist im Charta-Dokument allein in folgender Form die Rede:

„Ein System faktischer Unterordnung sämtlicher Institutionen und Organisationen im Staate unter die politischen Direktiven des Apparats der regierenden Partei [...] dient als Instrument der Einschränkung und häufig auch der völligen Unterdrückung einer Reihe bürgerlicher Rechte. Weder die Verfassung der Tschechoslowakei noch andere Gesetze [...] regeln dem Inhalt oder der Form nach die Gestaltung und die Anwendung der Beschlüsse [der herrschenden Einzelpersonen].“<sup>57</sup>

Die in der Verfassung garantierten Rechte waren demnach nichts wert, weil sie der führenden Rolle der Partei untergeordnet waren. Der Charta 77 konnte es mithin nicht um die Einhaltung dieser Rechte gehen. Indem sie die international ratifizierten Rechte für sich in Anspruch nahmen, bewegten sich die Unterzeichner faktisch neben der durch die Verfassung definierten sozialistischen Gesellschaft. Sie versuchten diese Rechte in die Tschechoslowakei hineinzutragen. Die Menschenrechte waren und bleiben aber in der Auffassung des Regimes bürgerliche Rechte; dies wurden die offiziellen Organe nicht müde zu betonen.<sup>58</sup> Mit ihren Kampagnen machten die Parteiorgane die Chartaunterzeichner fremd, sie verorteten deren Tun in der Nähe heuchlerischer amerikanischer Politik, in der Nähe der ausbeuterischen Bourgeoisie, ja sogar in der Nähe der Spionage. Es ist offensichtlich, dass sie damit hinter die Entspannungspolitik zurück fielen, sie sich der Rhetorik des Kalten Krieges bedienten. Auf dieser Klaviatur spielte die Parteispitze aber bis zum Schluss. So war das Charta-Dokument letztlich vorrangig an die internationale Öffentlichkeit gerichtet. Die Unterzeichner machten sich damit zu Verfolgten und zu Grenzgängern. Selbst wenn sie eingesperrt waren, „erschieden“ sie im Westen. Sie publizierten im Westen, sie gaben Interviews in westlichen Medien, sie genossen die Aufmerksamkeit zahlreicher einflussreicher Persönlichkeiten der westlichen Linken. So perforierten sie den Eisernen Vorhang und trugen zu dessen vollkommenen Fall bei. Die Veröffentlichung der Charta 77 weist deutlich auf einen institutionalisierten Dialog mit einer sehr komplizierten Dramaturgie: Es kommunizierten die Dissidenten, das Regime und die westliche Presse in Medien miteinander, die dem Anschein nach dem je anderen gar nicht zugänglich waren. Die Botschaften verfehlten leicht ihren Adressaten. So bleibt unklar, wer handelte, wer was bewirkte, auf welche Bühne geschaut werden sollte, und welcher Text wo anschluss. Als sicher kann gelten, dass das (westliche) Pu-

Prager Volkszeitung, 18. März 1977 (Nr. 11); Wer ist Václav Havel?, in: Prager Volkszeitung, 1. April 1977 (Nr. 13).

<sup>54</sup> Prague Dissident Trail Opens With Guilty Plea, in: Herald Tribune, 18. Oktober 1977 (Nr. 29); „Jeder, der mich grüßt, wird identifiziert“, Interview mit Václav Havel, einem der Sprecher der „Charta 77“, in: Der Spiegel, 17. November 1978 (Nr. 48), 180; Empörung im Westen über die Prager Urteile. Frankreichs Außenminister sagt Besuch ab, in: FAZ, 25. Oktober 1979, 1–2.

<sup>55</sup> „Charta 77“ sieht sich innerlich gefestigt. Neues Dokument der tschechoslowakischen Bürgerrechtsbewegung, in: FAZ, 7. Februar 1980, 5; Čeho jsme se dočkali od Charty 77 po třech letech jejího působení, in: Zpravodaj 1080, 7/8, 4–5; „Wir gleichen einer Fußballmannschaft“. Interview mit dem ehemaligen ČSSR-Außenminister und Sprecher der Charta 77, Jiří Hájek, in: Der Spiegel, 24. September 1979 (Nr. 29), 193; „Ich lehne die Rolle des Staatsfeindes ab“. Welt-Interview mit Prager Schriftsteller Ludvík Vaculík, Die Welt, 18. Februar 1977 (Nr. 41).

<sup>56</sup> Charta-77-Bewegung desillusioniert, in: Süddeutsche Zeitung, 10. Februar 1980 (Nr. 34).

<sup>57</sup> Prohlášení Charty 77, 296.

<sup>58</sup> Vgl. z.B.: Lidská Právo – pro kogo?, in: Rudé právo, 5. Dezember 1977, 1; Milan Matouš, Občanská práva a ideologický boj, in: Nová mysl 1979, 5, 72–83; My a lidská práva, in: Československý svět 1979, 6, 1–2; Životní způsob a lidská práva, in: Tribuna, 20. Dezember 1978, (Nr. 51); Unsere Menschenrechte, in: Prager Volkszeitung, 10. Juni 1978 (Nr. 26), 1–2.

blikum den Texten der Charta 77 eine größere und eine andere Bedeutung verlieh. Das Dargestellte bekam in diesem Raum einen anderen Sinn. Die Dissidenten beriefen sich auf vermeintlich universelle Rechte und auf deren Veröffentlichung im tschechoslowakischen Gesetzbuch. Damit ging es ihnen nicht direkt um einen Systemumbruch hin zum demokratisch legitimierten Kapitalismus. Denn einerseits war ihre Vorstellungswelt im sozialistischen Alltag verhaftet und an Normen gebunden, die auch im Sozialismus Geltung haben sollten. Andererseits erkannte der Westen wenigstens formal die sozialistische Welt als solche an. Dadurch, dass er jedoch zugleich auf die Einhaltung internationaler Pakte beharrte, brachte er im Zusammenspiel mit den tschechoslowakischen Bürgerrechtlern das sozialistische Regime in der Tschechoslowakei in Bedrängnis. Ohne die innere Opposition wäre dies nie gelungen. Das Regime diffamierte in der Reaktion darauf seine Gegner und den Westen gleichermaßen und trug damit zu seiner eigenen Entlegitimierung bei. Diese Entlegitimierung darf man sich jedoch nicht als einförmig und zwangsläufig vorstellen, die planvoll und unausweichlich in die Samtene Revolution mündete. Schon allein die Tatsache, dass wir es hier mit drei Akteuren zu tun haben, die je ihrem eigenen Skript folgten und die – egal wie dogmatisch sie auf der prinzipiellen Ebene argumentierten – im politischen Alltag durchaus differenziert aufeinander reagierten, widerspricht einer solchen Vorstellung.

# Looking Beyond the Tip of the Iceberg: Diplomatic Praxis and Legal Culture in the History of Public International Law

Frederik Dhondt, Ghent

*Die klassische oder traditionelle Völkerrechtsgeschichte geht von veröffentlichten Verträgen zwischen Staaten oder von Doktrinen aus. Dieser Beitrag erweitert das Spektrum und bespricht das Verhältnis zwischen diplomatischer (Staaten-) Praxis und Recht. Obwohl das Recht oft nicht wortwörtlich in Verhandlungen erscheint, ist der Diskurs zwischen Staatsvertretern durch juristisches Denken und Argumente geprägt. Anlass zu dieser Vorgehensweise gaben die historischen und anthropologischen Arbeiten von Lucien Bély, Pierre Bourdieu und Barbara Stollberg-Rilinger. Im ersten Fall der französischen und britischen „trente heureuses“ (1713-1740) legt die Korrespondenz die Fundamente eines praktischen, nicht durch die Doktrin ausgearbeiteten europäischen Sicherheitssystems bloß. Ein horizontales Verfahren von Souveränen schaffte Vorrang von völkerrechtlichen Verträgen vor internen Sukzessions- oder Lehnsrechtsnormen. Kriege durch Balancepolitik zu verhindern lieferte die praktische Legitimation für dieses embryonale hierarchische System. Ein zweiter Fall untersuchte die französische Haltung gegenüber europäischer und atlantischer Integration während in der Regierungszeit Charles de Gaulles und Ludwig Erhards (1963-1966). Die schon veröffentlichte diplomatische Korrespondenz machte eine analoge Strategie von der französischen Seite aus, gegründet auf der fast immerwährenden durch staatliche Zustimmung geprägten Natur des Völkerrechts.*

*The present contribution outlines the scope of my doctoral dissertation<sup>1</sup> in terms of theoretical, conceptual, methodological and empirical choices. Although my research treated two specific case studies, its theoretical and methodological premises are of interest for the history of public international law in general. My research builds further on traditional, doctrine- or treaty-focused legal history, tackling diplomatic correspondence. Legal argumentation between states and their representatives ought to be read within the framework of legal culture. Norms guiding behaviour are often implicit. Moreover, the effect of formal sources of the law is often situated at the symbolic level, rather than in purely textual or explicit terms. I chose the uneasily calm three decades following the Peace of Utrecht (1713, ending the War of the Spanish Succession) as main case-study<sup>2</sup>. Building on the typology drawn from primary-source analysis, I looked at a test-case for the universality of my hypothesis. Although more than two centuries separated the former from the latter, French contestation of the vertical world order after 1945 appealed to a similar rhetorical set of arguments<sup>3</sup>. Consequently, anti-hegemonic discourse, referring to the material legitimacy of a formal criterion (state consent) appears as an evergreen of legal argumentation between states.*

*L'histoire du droit international public s'écrit traditionnellement à l'aide des traités entre États et de la doctrine savante. La contribution présente tente d'élargir le périmètre, en mettant à la lumière l'apport de l'étude de la pratique diplomatique. Bien que le droit n'apparaisse pas toujours au grand jour en scrutant les dépêches, le discours interétatique est empreint d'argumentation et de raisonnement juridiques ou de juristes. Les études de Lucien Bély, Pierre Bourdieu ou Barbara Stollberg-Rilinger ont permis de déceler une normativité implicite des relations internationales, fournissant une grille de lecture plus riche. Dans le premier*

*cas étudié, celui des « trente heureuses » franco-britanniques (1713-1740), la correspondance manuscrite contient les fondements d'un système de sécurité européen pratique, à l'écart des écrits de la doctrine. Les interactions horizontales entre souverains créèrent une priorité ou hiérarchie au bénéfice des traités de droit international et au détriment des normes internes, fussent-elles féodales ou même proto-constitutionnelles. Une politique d'équilibre des pouvoirs et un discours anti-hégémonique qui en découlait, fournirent la légitimation pratique. Le deuxième cas, celui de l'attitude française vis-à-vis de l'intégration européenne et atlantique sous Charles de Gaulle (1963-1966), montrera une stratégie analogue, basée sur la présence quasi immuable du principe fondamental de consentement étatique en droit international.*

First (Section 1), I treat the theoretical approach, or the conceptual framing of my research. The central question, which served throughout the next chapters in the analysis of primary material, will thus be shown to challenge the present acquis in three disciplines: legal history, diplomatic history and international law. Moreover, I will expound the inspiration from neighbouring disciplines or sub-disciplines in the broader humanities, that have devoted considerable attention to similar social phenomena. Secondly (Section 2), I propose the methodological approach best suited to the material brought forward.

## Section 1: Theoretical premises

“Law (and social order in general) is concerned with relationships, and not with separate individuals or groups of individuals. Therefore the standards of legal order ought to be derived from the idea of interrelated and coordinated activities, and not from the idea of the independent existence of persons.”

Gerhart Niemeyer, *Law Without Force. The Function of Politics in International Law*<sup>4</sup>

This theoretical part serves to inform the reader on the existing preconceptions of my approach to the sources of

<sup>1</sup> F. Dhondt, *Balance of Power and International Law. European Diplomacy and the Elaboration of International Order (18 Century and Post 1945)* (diss.doc.), Ghent, UGent Faculty of Law, 2013, 552 p. Supervisor: Prof. dr. D. Heirbaut.

<sup>2</sup> Dhondt, *Balance of Power*, 36-379.

<sup>3</sup> Dhondt, *Balance of Power*, 380-428.

<sup>4</sup> G. Niemeyer, *Law without force: the functions of politics in international law*, Princeton, Princeton UP, 1941, vii (our underlining).



public international law. How to make sense out of a tantalizing amount of material? How to relate findings to principles of a sufficiently general nature, recognized by the scholars active in the field? Research is rarely fully original, in the sense that it only develops new theoretical assumptions from the study of previously unknown sources. Essentially, the theoretical approach chosen places the subject matter at the intersection of various disciplines, namely legal history, public international law and history of international relations. The following questions have guided my empirical research.

### I. Practical legal argumentation: a research gap?

“Das juristische Sachwissen, das terminologische Gewand und die entsprechende Rhetorik waren universell einsetzbar, und als die stärksten politischen Kräfte der Epoche zur Intensivierung der Territorialherrschaft tendierten, standen auch genügend Juristen bereit, diese Tendenz juristisch zu untermauern.“

Michael Stolleis, *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*<sup>5</sup>

“International Law is not made solely by the Court. Rather, it is centrally a matter of explicit or implicit agreement by states.”

John Norton Moore, “Jus ad Bellum before the International Court of Justice”, *Virginia Journal of International Law* 2012<sup>6</sup>

My work was concerned with diplomatic practice (i.e. the elaboration of legal norms through social interaction between the representatives of governments of sovereign states<sup>7</sup>) and legal culture<sup>8</sup>. In other words, it did not have the ambition to cover natural law or even law of nations doctrine, or to restate authoritative syntheses on the law of war<sup>9</sup>. Certainly, much remains to be done in this vast and challenging field<sup>10</sup>. Yet, legal history stands before va-

ster challenges as far the study of the political use of legal argumentation is concerned. Contemporary international law theory saw Martti Koskenniemi's masterpiece *From Apology to Utopia*<sup>11</sup>, a far-reaching systematic interpretation of the structure of legal argumentation. The schools of thought or intellectual categories recognized by Koskenniemi are a useful starting point to structure international law as a field in permanent tension. However, certainly for the 18th century, doctrine presents us more than often with *de lege ferenda* material than *de lege lata*<sup>12</sup>. My dissertation, a work of legal history, taking diplomatic practice and legal culture into account, aimed to go further, and focused on the interactions between legal discourse and context.

### 1. History of International Law

Most general works on the history of international law<sup>13</sup> either start from the idea that praxis is only important to study the origin of rules, or chop up history into arbitrary epochs of political domination. Notions as “the French era of public international law, 1648-1815” do not fit reality. If, to follow the example of the “French era”, the majority of treaty drafts<sup>14</sup>, or works of reference for international law in the 18th century, appear to be drawn up in Latin, rather than in French<sup>15</sup>, or, if the French monarchy

Völkerrechts; 12], Baden-Baden, Nomos Verlag, 2007, XII + 347 p; Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, I; T. Toyoda, *Theory and Politics of the Law of Nations: Political Bias in International Law Discourse of Seven German Court Councillors in the Seventeenth and Eighteenth Centuries* [Studies in the History of International Law; 2], Leiden, Brill, 2011, 220 p.

<sup>11</sup> M. Koskenniemi, *From apology to utopia. The structure of international legal argument*, Helsinki: Lakismiesliiton Kustannus, 1989, XXVI + 550 p. In this dissertation, the second edition (Cambridge UP, 2005, XIX + 683 p.), is used for quotation purposes.

<sup>12</sup> M. Troper, *Le droit et la nécessité*, 256: “On n’a pas prêté une attention suffisante au fait que le droit, d’une part, et la science ou la théorie du droit, de l’autre, emploient des concepts différents. À vrai dire, les auteurs présupposent parfois à tort qu’ils se confondent.” M. Schmoeckel, *Auf der Suche nach der verlorenen Ordnung: 2000 Jahre Recht in Europa; ein Überblick*, Köln, Böhlau, 2005, 297.

<sup>13</sup> Gaurier, *Histoire du droit international public*; A. Eyffinger, *Compendium volkenrechtsgeschiedenis*, Deventer, Kluwer, 1989, 219 p. W.G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Berlin, De Gruyter, 2000, XXII + 780 p.; S. Laghmani, *Histoire du droit des gens, du ius gentium imperiale au jus publicum europaeum*, Paris, Pedone, 2003, 249 p.; H. Legohérel, *Histoire du droit international public* [Que sais-je?; 3090], Paris, PUF, 1996, 127 p.; M.-H. Ramaut, *Histoire du droit international public* [Mise au point], Paris: Ellipses, 2007, 190 p. J.H.W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective* [Nova et Vetera Iuris Gentium; Publications of the Institute for International Law of the University of Utrecht; 4], Leyden, Sijthoff, 1968, 12 v; K.-H. Ziegler, *Völkerrechtsgeschichte: ein Studienbuch* [Juristische Kurz-Lehrbücher], München, Beck, 2007, XV + 267 p.

<sup>14</sup> E.g. Count Broglie to Morville, Hanover, 3 September (reports of the Hanover conference leading to the conclusion of a treaty of alliance between France, Britain and Prussia, directed against Spain and the Emperor; AMAE, M&D, Angleterre, 350, f. 133v): “Comme le traité a été dressé en françois et que l’Angleterre ne veut rien alterer à l’ancien usage establi entre la France et elle de les rediger en latin, M<sup>d</sup> Townshend a desiré que je luy donnasse une déclaration portant que si S.M. n’entend point que cette facilité de la part de S.M.B. puisse tirer a consequence, ny prejudicier a cet usage, n’y ayant consenti que pour éviter la perte du tems qu’on auroit employé a en faire une traduction latine, j’ay crû ne pouvoir la luy refuser.” (our underlining).

<sup>15</sup> E.g. even in 1738, 25 years after the peace of Utrecht, Latin was still labeled the “common language”, during the negotiations on a bilateral Franco-British commercial treaty of interpretation (Newcastle to Waldegrave, Whitehall, 13 November 1738 OS, NA, SP, 78, 219, f. 165r<sup>o</sup>).

<sup>5</sup> M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Reichspublizistik und Polizeiwissenschaften 1600-1800*, München, C.H. Beck, 1998, I, 68 (our underlining).

<sup>6</sup> *VJIL*, LII (2012), No. 4, 903-961 (our underlining).

<sup>7</sup> I. Roberts, *Satow’s diplomatic practice*, Oxford, Oxford UP, 2009, 3.

<sup>8</sup> L. Friedman’s definition goes as follows: “Ideas, values, expectations and attitudes towards law and legal institutions held by the public or part of it” (“The Concept of Legal Culture: A Reply”, in: D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997, 34). For the purposes of this study, the relevant social group is limited to diplomats and leading politicians (see further). F. Dhondt, “La représentation du droit dans la communauté diplomatique européenne des Trente Heures, 1713-1740”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis-Revue d’Histoire du Droit-The Legal History Review* LXXXI (2013), No. 3 (forthcoming).

<sup>9</sup> E.g. S. C. Neff, *War and the law of nations: a general history*, Cambridge, Cambridge UP, 2005, XII + 443 p.

<sup>10</sup> S. Goyard-Fabre, *Pufendorf et le droit naturel* [Léviathan], Paris: PUF, 1994, 263 p. M. Mattei, *Histoire du droit de la guerre, 1700-1819: introduction à l’histoire du droit international: avec une biographie des principaux auteurs de la doctrine internationaliste de l’Antiquité à nos jours* [Collection d’histoire du droit. Thèses et travaux], Aix-en-Provence, PUAM, 2006, 1241 p.; A. Nussbaum, *Geschichte des Völkerrechts in gedrängter Darstellung*, München, Beck, 1960, 418 p.; E. Reibstein, *Völkerrecht. Eine Geschichte seiner Ideen in Lehren und Praxis. I: Vom Ausgang der Antike bis zur Aufklärung* [Sammlung Orbis], Freiburg, Verlag Karl Alber, 1958, 640 p.; M.-H. Renaut, *Histoire du droit international public* [Mise au point], Paris, Ellipses, 2007, 190 p.; F.-S. Schmidt, *Praktisches Naturrecht zwischen Thomasius und Wolff: Der Völkerrechtler Adam Friedrich Glafey (1692-1753)* [Studien zur Geschichte des

did not have a prominent doctrinal voice, research should rather focus on the interaction<sup>16</sup> between states<sup>17</sup>, than on a particular national style, used for framing actions and goals of other parties. Or, to put it in David Armitage's words, the "stories actors told about themselves or their achievements" do not necessarily match "foundation myths retailed by later communities of historians and diplomats, international lawyers and proto-political scientists, seeking historical validation for their ideological projects and infant professions<sup>18</sup>." This research has been constructed out of the sources, and focuses on the treatment of legal arguments in international politics. To that respect, when it comes to a consistent treatment of authoritative texts, legal history recognizes a medieval *mos italicus*, or a renaissance *mos gallicus*, but –at least, until now– no *mos trajectensis* (a *habitus* based on the culture of the Treaty of Utrecht) in international law post 1713.

## 2. Political History

Looking at the eighteenth century from a historian's perspective, most can be explained on an evenemential basis. The lack of respect for alliance clauses or promises to renounce to lost territories could and can lead to a superficial conclusion on international law's ineffectiveness<sup>19</sup>. Frederick the Great's deriding commentaries on his lawyers' justifications for the invasion of Silesia in 1740 can give extra ammunition to this reductionist thesis.

Yet, an evenemential, short-term or "particularist"<sup>20</sup> political reading of sources fails to explain why Europe, for an unparalleled period of thirty years, did not have an all-out continental war, any sooner than around 1742–1743. At least one hypothesis is to be found in a shared legal culture that tied Europe's sovereigns together, expressed through diplomacy, or the conduct of foreign policy<sup>21</sup>. This phenomenon has been overlooked. In part due to the sheer mass of the available sources. E.g. in

1713, vast diplomatic dispatches left the French embassy in London on a daily basis<sup>22</sup>. Mining for legal arguments, intertwined with elaborate anecdotes or court gossip, intercession in favour of merchants, rumours on internal British politics, is like searching for a needle in a haystack. In spite of the numerous generations of previous historians from Voltaire<sup>23</sup> to Jeremy Black<sup>24</sup>, who have treated this era, a lot of material still remains unexplored, giving way to new interpretations.

## 3. Anarchical Society

The interactions between states are generally qualified as a "society" of states, as opposed to a socially more integrated group or "community"<sup>25</sup>. No central authority can enforce agreements, or sanction those who contravene them. Between the actors in this society, contracts are inevitably imperfect<sup>26</sup> and thus precarious. International order in bilateral agreements does not necessarily reflect morality<sup>27</sup>. Lasting power configurations over several decades have more than purely factual consequences. They are the essential precondition to the creation of rules, not to mention their enforcement<sup>28</sup>.

## II. International Order: Balance of Power

"Das Gleichgewicht war dabei das regulative Ordnungsprinzip, das von allen Beteiligten beständige Wachsamkeit erforderte, weil jede Störung die Beziehungen aller zu allen berührte. Es war Rahmenbedingung und Richtschnur für das Mass der tragbaren Veränderungen im Staatensystem."

Johannes Kunisch<sup>29</sup>

### a. Terminology

The first three words of my study's title, "Balance of Power", are of the most controversial in public international law<sup>30</sup>, international relations theory<sup>31</sup> or diplomatic histo-

James Stanhope, who acted at the same time as instructors and executioners.

<sup>22</sup> Covering volumes AMAE, CP, Angleterre, 243–251 and Angleterre, Supplément, 5, or about 2700 folios.

<sup>23</sup> F. M. Arouet (Voltaire), *Précis du siècle de Louis XV, servant de suite au Siècle de Louis XIV*, Genève, 1769, 2 v.

<sup>24</sup> J. Black, *British foreign policy in the age of Walpole*, Edinburgh, Donald, 1984, XI + 202 p.

<sup>25</sup> A. Truyló y Serra, "Genèse et structure de la société internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, XLVI (1959), 553–642.

<sup>26</sup> M. Lefebvre, *Le jeu du droit et de la puissance. Précis de relations internationales* [P. Gauchin, ed., Collection Major], Paris, PUF, 2000, 4.

<sup>27</sup> H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford: Oxford UP, 2011 [1933], 438: "In a sense, peace is morally indifferent, inasmuch as it may involve the sacrifice of justice on the altar of stability and security." J. Mayerfeld, "No peace without injustice: Hobbes and Locke on the ethics of peacemaking", *International Theory*, IV (2012), No. 2, 269–299.

<sup>28</sup> E.g. W.G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden: Nomos, 1984, 328 on Balance of Power as "Grundlegendes Verfassungsgesetz des Droit public de l'Europe".

<sup>29</sup> J. Kunisch, *Staatsverfassung und Mächtepolitik* [Historische Forschungen; 15], Berlin, Duncker & Humblot, 1979, 54.

<sup>30</sup> L. Donnadieu, *La Théorie de l'équilibre, étude d'histoire diplomatique et de droit international*, Paris: Rousseau, 1900, XX + 293 p.; A. Vagts & D.F. Vagts, "The Balance of Power in International Law: A History of an Idea", *American Journal of International Law* LXXIII (1979), No. 4, 555–580.

<sup>31</sup> D. B. Haas, "The Balance of Power: Prescription, Concept, or Pro-

<sup>16</sup> J. Brunnée & S. Toope, "Interactional International Law: An Introduction", *International Theory*, III (2011), No.2, 307–318.

<sup>17</sup> "Eine aus einer Anzahl von Menschen bestehende, von niemand ausser sich abhängende und zu einem stets fortwährenden Zwecke vereinigte Gesellschaft nennet man ein Volk oder einen Staat." (L. von Ompteda, *Literatur des gesammten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts*, Regensburg, Montags, 1785, I, 5).

<sup>18</sup> D. Armitage, *Foundations of modern international thought*, Cambridge: Cambridge UP, 2013, 9–10. E.g. S. Beaulac, "The Westphalian legal orthodoxy. Myth or reality?" *Journal of the History of International Law-Revue d'histoire du droit international* II (2000), 148–77; C. Gantet, "Le "tournant westphalien": Anatomie d'une construction historiographique", *Critique internationale*, 2000, No. 9, 52–58.

<sup>19</sup> E.g. F. Laurent, *Histoire du droit des gens*, T 11: la politique royale, Paris, Lacroix, 1865, 150: "Au fond c'est toujours la politique de Louis XIV, le despotisme à l'intérieur, et la force dans les relations internationales. Le mépris du droit paraît même plus brutal, parce qu'il n'a plus ce prestige qu'il empruntait aux grands airs de Louis XIV. Plus la force est brutale, plus elle apprendra aux peuples qu'il n'y a que le droit qui puisse sauvegarder leur liberté et garantir leur indépendance."

<sup>20</sup> J. M. Hobson & G. Lawson, "What is History in International Relations?", *Millennium: journal of International Studies*, XXXVII (2008), No. 2, 420.

<sup>21</sup> Sometimes opposed to its formulation by politicians (definition of Roberts, Satow's diplomatic practice, 3). The strict line between the formulation and carrying out of foreign policy was not adequate for the analysis of material treated in my dissertation: the conceptual separation between formulation and execution or conduct is inexistent in the 18th century, e.g. in the case of Horatio Walpole or

ry<sup>32</sup>. Taking Balance of Power, in Talleyrand's words "le palladium des droits de chacun et du repos de tous"<sup>33</sup>, mentioned in Thucydides<sup>34</sup> or Gentili<sup>35</sup>, as an analytical concept in a legal study seems more than hazardous. Is "Balance of Power" a mere factual relationship or an appropriate legal expression (*ex facto non oritur ius*)<sup>36</sup>? Can it be confined within the limits of a workable definition? Does it have any significance outside the just war framework<sup>37</sup>? The expression serves as a metaphor for distinct historical periods, such as the international system of the seventeenth<sup>38</sup>, eighteenth<sup>39</sup> or nineteenth<sup>40</sup> century, or that

of the whole Ancien Régime<sup>41</sup>, or even as a synonym for the "Westphalian" system of European international relations<sup>42</sup>. When researchers apply their typology of the concept to facts, their hypotheses are generally rejected<sup>43</sup>. The works of Michael Sheehan<sup>44</sup> and Evan Luard<sup>45</sup> stand out in this respect. Both authors argue forcefully in favour of a nuanced but systematic understanding of balancing behaviour between states. Balance of Power is a rational attempt to reconcile anarchy with order, or, in other words, to assign power structures to enforce a minimal consensus between equal players<sup>46</sup>. My dissertation followed this line of argumentation. The falsification of Balance of Power theory as an organizing principle is not a very arduous task. Yet, its vagueness is precisely responsible for its swift adoption by so many different actors throughout history<sup>47</sup>. Balance of Power thinking delegates the elaboration of vague norms to diplomats and politicians. The persistence of its use by diplomatic practitioners<sup>48</sup> and its enduring appeal to political audiences point to a recurrent legitimating force, that cannot be explained away by mere theoretical reasoning<sup>49</sup>. As Ian Clark has empha-

paganda", *World Politics* V (1953), No. 4, 442-477; D. Hume, "Of the Balance of Power" in: D. Hume, *Political Discourses*, Edinburgh: Fleming, 1752<sup>2</sup>, 101-114; J. K. Oliver, "The Balance of Power Heritage of 'Interdependence' and 'Traditionalism'", *International Studies Quarterly*, XXVI (1982), No. 3, 373-396; T.V. Paul, J. J. Wirtz & M. Fortmann (eds.), *Balance of power: theory and practice in the 21st century*, Stanford, Stanford UP, 2004, 400 p.; R. Schweller, *Unanswered threats: political constraints on the balance of power*, Princeton, Princeton UP, 2006, 182 p.; R. Hjorth, "Hedleys Bull's paradox of the balance of power: a philosophical inquiry", *Review of International Studies* XXXIII (2007), No. 4, 597-613; R. Little, "Deconstructing the Balance of Power", *Review of International Studies* XV (1989), No. 2, 87-100; Id., *The balance of power in international relations: metaphors, myths and models*, Cambridge, Cambridge UP, 2007, X + 317 p.; J. A. Vasquez & C. Elman (eds.), *Realism and the Balancing of Power: A New Debate* [Prentice Hall studies in international relations], Saddle River (N.J.), Prentice Hall, 2003, XXII + 330 p.

- <sup>32</sup> L. Bély, *Les relations internationales en Europe: XVIe-XVIIIe siècles* [Thémis. Histoire], Paris, PUF, 2007, XXIII + 773 p.; J. Black, *A History of Diplomacy*, London, Reaktion Books, 2010, 312 p.; H. Butterfield & M. Wight (eds.), *Diplomatic Investigations: essays in theory of international politics* [Unwin university books], London: Allen & Unwin, 1966, 227 p.; P. Krüger & P.W. Schroeder (eds.), *The Transformation of European Politics, 1763-1848: Episode or Model in European History?*, London, Palgrave Macmillan, 2003, 400 p.; P. Renouvin & J.-B. Duroselle, *Introduction à l'histoire des relations internationales* [Agora; 182], Paris, Pocket, 1997, 530 p.
- <sup>33</sup> Talleyrand to Metternich, 19 December 1814, quoted in C. Dupuis, *Le principe d'équilibre et le concert européen, de la paix de Westphalie à l'acte d'Algésiras*, Paris, Perrin, 1909, 90.
- <sup>34</sup> M. Sheehan, *Balance of Power: history and theory*, London: Routledge, 1996, 60; R. Howse, "Thucydides and Just War: How to Begin to Read Walzer's Just and Unjust Wars", *European Journal of International Law* XXIV (2013), No. 1, 17-24.
- <sup>35</sup> E. Luard, *The balance of power: the system of international relations, 1648-1815*, London, Macmillan, 1992, 3.
- <sup>36</sup> "tantôt la primitive union des faibles contre le puissant, tantôt une égalisation des forces", E. Nys, *Le droit international. Les principes, les theories, les faits*, Bruxelles: Weissenbruch, 1912, I, 23.
- <sup>37</sup> B. Arcidiacono, "De la balance politique et de ses rapports avec le droit des gens: Vattel, la 'guerre pour l'équilibre' et le système européen", in: P. Haggengmacher & V. Chetail (eds.), *Vattel's International Law from a XXIst Century Perspective - Le Droit International de Vattel vu du XXIE Siècle*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2011, 77-100; K. Repgen, "Kriegslegitimationen in Alteuropa. Entwurf einer historischen Typologie", *Historische Zeitschrift* CCXLI (1985), No. 1, 27-49; S. Zurbrüchen, "Vattel's law of nations and just war theory", *History of European Ideas* XXXV (2009), 408-417.
- <sup>38</sup> K. Malettke, *Hegemonie - Multipolares System - Gleichgewicht* [Handbuch der Geschichte der Internationalen Beziehungen; 3], Paderborn: Schöningh, 2012, XIX + 581 p.
- <sup>39</sup> H. Duchhardt, *Balance of power und Pentarchie* [Handbuch der Geschichte der Internationalen Beziehungen; 4], Paderborn, Schöningh, 1997, XVII + 488 p.; A. Hassall, *The Balance of Power, 1715-1789* [Periods of European History; VI], London, Rivingtons, 1925, 440 p.; C. Ingraio, "Paul Schroeder's Eighteenth-Century Balance of Power: a Critique", *International History Review*, XVI (1994), 661-680.
- <sup>40</sup> C. Bilfinger, "Friede durch Gleichgewicht der Macht?", *Zeitschrift für Ausländisches Recht und Völkerrecht* XIII (1950), 51; W. D. Gruner, "Was There a Reformed Balance of Power System or Co-operative Great Power Hegemony?", *American Historical Review*,

XCVII (1992), No. 3, 725-732; E.V. Gulick, *Europe's classical balance of power: a case history of the theory and practice of one of the great concepts of European statecraft*, New York, Columbia UP, 1955, XVII + 337; A. Lev, "The transformation of international law in the 19th century", in: Orakhelashvili (ed.), *Research Handbook*, 121-138.

- <sup>41</sup> J. Kunisch (ed.), *Expansion und Gleichgewicht. Studien zur europäischen Mächtepolitik des Ancien Régime* [ZHF; Beiheft; 2], Berlin, Duncker & Humblot, 1986, 239 p.; G. Livet, *L'équilibre européen de la fin du XVe à la fin du XVIIIe siècle* [Collection SUP. L'Histoire; 28], Paris, PUF, 1976, 231 p. G. Zeller, "Le Principe d'équilibre dans la politique internationale avant 1789", *Revue Historique*, CCXV (1956), 25-37.
- <sup>42</sup> C. Dupuis, *Le principe d'équilibre et le concert européen, de la paix de Westphalie à l'acte d'Algésiras*, Paris, Perrin, 1909, 527 p.
- <sup>43</sup> Law: Q. Wright, "International Law and the Balance of Power", *American Journal of International Law* XXXVII (1943), No. 1, 102: "Balance of Power as the structure of world politics [...] has even come to be incompatible with the international law, which, during most of the 19th century, supported it". History: M.S. Anderson, "Eighteenth-century theories of the balance of power", in: R. Hatton & M.S. Anderson (eds.), *Studies in diplomatic history, essays in Memory of D.B. Horn*, London, Longman, 1970, 183-198; J. Black, "The Theory of the Balance of Power in the First Half of the Eighteenth Century: A Note on Sources", *Review of International Studies*, 1983, 55-61; M. Sheehan, "The Sincerity of the British Commitment to the Maintenance of the Balance of Power 1714-1763", *D&S*, XV (2004), No. 3, 489-506. Political Science: S. J. Kaufman, R. Little, W.C. Wohlforth et al., *The balance of power in world history*, Basingstoke, Macmillan, 2007, X + 279 p.
- <sup>44</sup> Sheehan, *Balance of Power: theory and history*; Id., "The Place of the Balancer in Balance of Power Theory", *RIA* XV (1989), 123-133.
- <sup>45</sup> Luard, *The Balance of Power*.
- <sup>46</sup> "Its merits lay in its objectivity, its detachment from ideology, its universality, and its independence from short-term considerations. It stressed the essentials, timeless and inescapable, in international affairs: power and power relationships" (Sheehan, *Balance of Power: history and theory*, 53).
- <sup>47</sup> Analogous: E. Carolan, "Diffusing Bad Ideas: What the Migration of the Separation of Powers Means for Comparative Constitutionalism and Constitutional Transplants", *Hart Legal Workshop*, 2010 [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=2203680, last consulted 31 January 2013].
- <sup>48</sup> G.-H. Soutou, "De l'équilibre européen à l'équilibre mondial?", *Mondes. Les cahiers du Quai d'Orsay*, 2010, No. 5, 5-12.
- <sup>49</sup> "Erstens lässt sich keine internationale Ordnung, vor allem keine völkerrechtlich normierte nachhaltig nur durch eine Macht stiften genauso wenig wie allein militärische Überlegenheit dauerhaft Sicherheit schafft. Zweitens muss eine internationale Rechtsordnung



sised in his work on legitimacy in international relations, the key explaining factor for the subsistence of any international system is a “highly significant common belief that stability is a function not of material distributions alone, but also of degrees of acceptance within the relevant social constituency<sup>50</sup>.” The presence of Balance of Power in the title reflects not as much the expression of the rigorous zeal used to judge primary sources, but is more the result of its omnipresence in diplomatic correspondence, as the starting point, or precondition to any legal analysis by the actors themselves<sup>51</sup>.

“Balance of Power” is all the more significant as a rhetorical catch-all term for conflict resolution in the early modern period. To paraphrase Vauban, any outstanding quarrel between sovereigns could be resolved by a peace treaty, or, conversely, “par une bonne guerre<sup>52</sup>.” Given that international conflict took place between equals, it could not be subject to the medieval rules of just war<sup>53</sup>, which counted on the intervention of a superior authority. In reality, sovereigns disposed of a broad array of possibilities for solving their conflicts themselves, stretching from all-out war to a peace treaty<sup>54</sup>. Third party-mediation<sup>55</sup>, arbitration<sup>56</sup> or the resort to individual or general reprisals<sup>57</sup> permitted to solve problems within the borders of the balance system<sup>58</sup>.

zumindest von ihren wichtigsten Mitgliedern als legitim anerkannt und dementsprechend respektiert werden.“ (U. Lappenküpfer & R. Marcowitz, „Einführung“, in: U. Lappenküpfer & R. Marcowitz (eds.), *Macht und recht: Völkerrecht in den internationalen Beziehungen* [Wissenschaftliche Reihe; 13], Paderborn, Schöningh, 2010, XXIII).

<sup>50</sup> I. Clark, *Hegemony in International Society*, Oxford, Oxford UP, 2011, 32; A. Buchanan, “The Legitimacy of International Law”, in: S. Besson & J. Tasioulas (eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford, Oxford UP, 2010, and J. Tasioulas, “The legitimacy of international law”, *ibid.*, 79-96.

<sup>51</sup> Bourdieu’s concept of implicit practical logic reinforced this hypothesis (cf. *infra*).

<sup>52</sup> Vauban to Louvois (Louis XIV’s Secretary of State for War), 4 October 1675: “Le Roi devrait un peu songer à faire son pré carré [...] soit par traités, soit par une bonne guerre” (F. Dhondt, *Op Zoek naar Glorie in Vlaanderen. De Zonnekoning en de Spaanse Successie, 1707-1708*, Heule, UGA, 2012, 72). In the same sense : P.W. Kahn, “Imagining Warfare”, *European Journal of International Law* XXIV (2013), No. 1 (Feb), 207: “War is declared; it is a political act spoken in the sovereign voice. War is never a judicial conclusion founded on a claim of right.”

<sup>53</sup> G. Bacot, *La doctrine de la guerre juste* [Histoire], Paris, Économica, 1989, 86 p. R. Lesaffer, “Paix et guerre dans les grands traités du dix-huitième siècle”, *Journal of the History of International Law - Revue d’histoire du droit international* VII (2005), No. 1, 24-42; J.-C. Monod, “La déstabilisation humanitaire du droit international et le retour de la « guerre juste » : une lecture critique du *nomos* de la terre”, *Les études philosophiques*, 2004, No. 68, 39-56 ; F. H. Russell, *The Just War in the Middle Ages* [Cambridge Studies in Medieval Life and Thought ; 8], Cambridge, Cambridge UP, 1975, 332 p.

<sup>54</sup> R. Lesaffer (ed.), *Peace treaties and international law in European history : from the late Middle Ages to World War One*, New York, Cambridge UP, 2004, XII + 481 p.

<sup>55</sup> F. Dhondt, “Balance of Power Language and Mediation Rituals: The Quadruple Alliance’s Italian Investitures (1718-1727)”, 2000: *The European Journal – 2000: Die Europäische Zeitschrift*, XIII (2012), No. 2, 10-13; H. Duchhardt (Hrsg.), *Zwischenstaatliche Friedenswahrung im Mittelalter und Früher Neuzeit* [Münstersche Historische Forschungen; Band 1], Köln, Böhlau, 1991, 260 p.

<sup>56</sup> Gaurier, *Histoire du droit international public* [Didact Droit], Rennes: PUR, 2005, 525 p., 415.

<sup>57</sup> Grewe, *Epochs*, 386.

<sup>58</sup> F. Dhondt, “Legal Discourse between Integration and Disintegrati-

## b. Research Hypotheses

Any scientific research entails a choice of “facts deemed relevant or the elements that actually constitute them, hypotheses, theories that should be confronted with the facts<sup>59</sup>”. Moreover, in the present undertaking, the selected cases (“Eighteenth-Century European International Relations after the War of the Spanish Succession” and “de Gaulle’s contestation of the Cold War bipolar world in the 1960s”) served to test a theoretical hypothesis. I attempted to gain an understanding of the underlying structures which function or guide practice in two diverse historical periods. My yardstick for comparison was the enunciation of anti-hegemonic legal discourses, within the framework of the Balance of Power-metaphor, as used by the actors themselves<sup>60</sup>.

Schematically, the main hypotheses can be understood as follows:

Anti-hegemonic discourse	18th century	Post 1945
Source of Law	New treaties, consent	Bilateral treaty, consent
Legal change	Open and flexible framework	Normative diversity
Politics	Prima donna, consensual	Egalitarian, sovereignty-based

Hegemonic discourse	18th century	Post 1945
Source of law	Older, unilateral norms	Institutions
Legal change	Fixed and immutable	Forward looking, integration
Politics	Conflictual, “take it or leave it”	Hierarchical, revolutionary

In this scheme, anti-hegemonic discourse is seen as a transformative vector in the “Trente Heureuses”, or the decades following the peace treaties of Utrecht and Rastatt<sup>61</sup>. I did not venture to take this expression literally. Military intervention and formally declared wars did not disappear after 1713. However, the contrast<sup>62</sup> with the

on: The Case of the Peaceful Succession Struggles, 1713-1739”, in: J. Oosterhuis & E. Van Dongen (eds.), *European Traditions: Integration or Disintegration ?*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2013, 159-174.

<sup>59</sup> I. Scobbie, “In bed with Alcibiades: theory and doctoral research”, EJIL!Talk, 4 January 2013 [<http://www.ejiltalk.org/in-bed-with-alcibiades-theory-and-doctoral-research-3/>], last accessed 31 January 2013].

<sup>60</sup> F. Dhondt, “Law on the Diplomatic Stage: the 1725 Ripperda Treaty”, in: V. Draganova, L. Heimbeck et al. (eds.), *Die Inszenierung des Rechts - Law on Stage* [6 Jahrbuch Junge Rechtsgeschichte - Yearbook of Young Legal Historians 2010], München, Martin Meidenbauer Verlag, 2011, 303-324.

<sup>61</sup> E. Le Roy Ladurie, *L’Ancien Régime. T. 2: l’absolutisme bien tempéré*, Paris, Hachette, 1991, 93.

<sup>62</sup> “Une époque de réparation et de tranquillité” (M. Huisman, *La Belgique commerciale sous l’empereur Charles VI : la Compagnie d’Ostende: étude historique de politique commerciale et coloniale*, Bruxelles, Lamartin, 1902, 501).

bellicose 17th century is striking<sup>63</sup>. Relying on the superior position of international treaties versus domestic norms, French and British diplomats stabilised international relations. Succession problems capable of inflaming all powers in Europe were solved in diplomatic talks. Negotiations served to amend or enlarge the consensus that brought the War of the Spanish Succession to an end (1711-1713).

De Gaulle's challenge to the bipolar world order after 1945, however, started from an opposite position. The Utrecht system was on the rise after 1713. Chapters 2 and 3 showed Franco-British cooperation growing to an apex in the 1720s, when the legal structure of the mediators' operational methods at the Congress of Cambrai exerted a decisive influence on the other powers' arguments. French contestation of the bipolar Cold War order, however, seemed to be going against the course of history. Economic and military integration produced a new hierarchical system, restricting traditional state freedom.

Hegemonic discourse, by contrast, stood for Imperial legal argumentation in the "trente heureuses", clinging on to the Emperor's prodominium, or feudal overlordship, within the Holy Roman Empire, or to unilateral dynastic claims in the Spanish case. Internal opponents to the Utrecht settlement relied on older norms, such as the French *loi fondamentale* of inalienability of the crown, or the claims of Philip of Anjou to the whole of the Spanish composite monarchy.

Hegemonic discourse after 1945 should be seen as the revolutionary idea to structure the world in two blocs, on the basis of radically different value systems (market economy v. socialist planning). As such, the promotion of these values had their repercussions on the internal organisation of the participating states. In the 18th century, alliance between princes were limited to norms governing their mutual conduct. However, the ideological programme behind the 20th century division tended to reduce sovereignty, in favour of the realisation of common goals. Both blocs created institutions on a higher level. States originally contracted into them, but had to note that, as cooperation increased, they had abandoned competences and thus aspects of their sovereignty. These dynamics were forward-looking and designed to incrementally undermine the European state system as it functioned after the Peace of Westphalia (1648), or – in the present dissertation – the Peace of Utrecht (1713). France, in reaction against this logic of bloc building, which subjected interstate relations to supervision by the dominant power in each ideological camp, brandished the fundamental rights of states against interference. In other words, hegemonic and anti-hegemonic argumentation had changed in nature and purpose. Whereas the former had been used to innovate after Utrecht, it became a reference to a safe haven of fundamental state rights in the past. Conversely, whereas the dominant position of the Emperor had always been under ideological and increasingly under material attack in the Early Modern pe-

riod, Atlantic and European integration were only at the beginning of an impetuous development. The dialogue between these two sets of argumentation is, in my hypothesis, recurring in the structure of international politics. Both strands are simultaneously in search of historical, precedent-based, or moral, principle-based legitimacy. The legal translation of this fundamental need has been at the core of my research.

### III. Normativity: law as interaction in the Society of States

"Powerful nations obey powerless rules"<sup>64</sup>. Law is the ultimate expression of consensus between parties, since they judge to feel bound by it. Studying international law thus requires a broadening of the normativity perspective, irrespective of a document's formal status as a source of law<sup>65</sup>. This means that not only hard, written norms count. In essence, the classical law of nations is of a liberal tendency: only state consent can bind autonomous, sovereign and equal entities<sup>66</sup>. According to the International Court of Justice's statute<sup>67</sup>, international custom<sup>68</sup> (state behavior, confirmed by an intention to have this new standard set as a rule of law) or "the general principles of law recognized by civilized nations" bear the same intrinsic quality as treaties, albeit accessorially. My study was concerned with international law, in its literal sense of law between sovereigns<sup>69</sup>. It aimed at a deliberate comparison of inter-state relations and the permanence in the diplomatic function<sup>70</sup>. Consequently, I left out important developments such as the furthering of collective citizen welfare<sup>71</sup>, human rights or the position of the individual,

<sup>64</sup> T. Franck, *The Power of Legitimacy Amongst Nations*, Oxford, Oxford UP, 1990, 3.

<sup>65</sup> R. Howse & R. Teitel, "Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Really Matters", *Global Policy* 1 (2010), No. 2, 127-136.

<sup>66</sup> G. Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge: ein Beitrag zur juristischen Construction des Völkerrechts*, Wien, Holder, 1880, 66 p.

<sup>67</sup> A. Rasulov, "The Doctrine of Sources in the Discourse of the Permanent Court of International Justice", in: M. Fitzmaurice & C. J. Tams (eds.), *Legacies of the Permanent Court of International Justice* [Queen Mary Studies in International Law; 13], Leiden, Martinus Nijhoff, 2013, 271-319; A. Zimmerman, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, C. J. Tams (ed.), *The Statute of the International Court of Justice: a commentary* [Oxford commentaries on international law], Oxford, Oxford UP, 2012, lvi + 1745 p. See as well A. Eyffinger, *La Cour internationale de Justice 1946-1996*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 428 p.

<sup>68</sup> D. F. Vagts, "International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist's Defence", *European Journal of International Law* XV (2004), 1031-1040.

<sup>69</sup> R. Zouche, *Iuris et Iudicii Feialis, sive, Iuris Inter Gentes, et Quaestionum de Eodem Explicatio* (Ed. T.E. Holland) [The Classics of International Law], Washington, Carnegie Institute, 1911 [1650], XVI + 204 + 186 p.

<sup>70</sup> M.-C. Kessler, *Les ambassadeurs* [Sciences Po Gouvernances], Paris, PSP, 2012, 17 and 382-383: "L'ambassadeur n'est pas un anachronisme comme l'écrivait Zbigniew Brzezinski en 1970. La fonction comporte un noyau stable et pérenne qui résiste à l'évolution du monde moderne [...] L'institution, très liée dans sa forme première à l'État classique, westphalien et wébérien, est devenue mondiale. Tous les États, quels qu'ils soient, même avec une souveraineté et des frontières improbables, ou une autorité discutée, se targuent d'avoir une diplomatie et un ambassadeur. La diplomatie vient au secours des États. Elle aide à leur création, à leur maintien et à leur reproduction."

<sup>71</sup> E. Jouannet, *Le droit international libéral-providence: une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 351 p.

<sup>63</sup> A. Corvisier, "Présence de la guerre au XVII<sup>e</sup> siècle", in: L. Bély, J. Bérenger & A. Corvisier (dir.), *Guerre et Paix dans l'Europe du XVII<sup>e</sup> siècle*, Paris, S.E.D.E.S., 1991, 13.

international criminal law<sup>72</sup>, which lead to situations “un-thinkable in earlier times”<sup>73</sup>.

Contemporary international law, although marked by a state consent-centered hierarchy, recognizes other sources as well. State practice, for instance, has always been seen as a classical source of international law<sup>74</sup>. Soft law has been recognized a source of law<sup>75</sup>. The present contribution, however, focused on a universal attitude in the confrontation of diplomats, who are political practitioners as the agents of their government, and legal arguments, conferring legitimacy on state acts. This exercise necessitated the analysis of diplomatic correspondence as a supplementary legal source. I did not aim to write a history of “international political thought” in the line of Quentin Skinner<sup>76</sup> or David Armitage<sup>77</sup>’s writings. Not political or legal theory, but legal history was my focus. Legally relevant practical logic, or “the life of the law” was at the center.

The field of the history of public international law is in full frenzied activity, as general public international lawyers again turn to theory and history<sup>78</sup>, influenced inter alia by Martti Koskenniemi’s seminal work on the key generation of lawyers during the transition of the late 19th into the 20th century<sup>79</sup>, or his theoretical work<sup>80</sup>, linking the political character of international law<sup>81</sup> to the necessity of meta-juridical self-reflection or the need of shared interpretation principles<sup>82</sup>. Attempts to render internation-

nal law autonomous, and to see it as a “practical craft”<sup>83</sup> carrying autonomous and self-evident ideas, are long gone. Influenced by the general international turn in historiography<sup>84</sup>, the select studies in the history of international law<sup>85</sup>, as well as the most recent collective work tried to incorporate non-Western or European dimensions, stressing the absence of a “single global history” and the importance of “many global experiences”<sup>86</sup>. Nevertheless, my study was devoted to classical European international relations and did not venture into this field. Yet, the otherness (altérité) which lies at the basis of the recent attempts to contextualize contemporary Western-dominated international law, has, in my view, been present within the European system itself<sup>87</sup>. This follows the absence of an effective regional hegemon: international structure reflects states’ beliefs about legitimate behaviour<sup>88</sup>. At least part of the belief in the universality of “European” international law is grounded in its de-concentrated character.

### 1. Cultural Turn in Historiography: Lucien Bély

Yet, the cultural turn in diplomatic history opened a new perspective on the law as an explanatory factor of human behaviour. Lucien Bély’s path-breaking study on the Congress of Utrecht appeared in 1990<sup>89</sup>. Bély linked the anthropological and cultural acquis of the Annales-school with “traditional” diplomatic history<sup>90</sup>. This combination has proven to be extremely fruitful<sup>91</sup>. Even twenty years ago, the amount of historical writing on the

<sup>72</sup> W.G. Grewe, *Nürnberg als Rechtsfrage*, Stuttgart, Klett-Cotta, 1947, 111 p.; R. Teitel, *Humanity’s law*, Oxford, Oxford UP, 2011, XII + 304 p.

<sup>73</sup> Teitel, *Humanity’s law*, 39.

<sup>74</sup> C. Reus-Smit, “Obligation through Practice,” *International Theory*, III (2011), No. 2, 339-347.

<sup>75</sup> A. T. Guzman, “Against consent,” *VJIL*, LII (2012), No. 4, 747-790; A. Nollkaemper, “Inside or Out: Two Types of International Legal Pluralism,” in: J. Klabbers & T. Piiparinen (eds.), *Normative Pluralism and International Law*, Cambridge, Cambridge UP, 2013 (forthcoming); P.B. Stephan, “Privatizing International Law,” *VLR*, XL-VII (2011), 1573-1664; P. Weil, “Vers une normativité relative en droit international public ?,” *Revue Générale de Droit International Public*, 1982, 5-47.

<sup>76</sup> Q. Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge: Cambridge UP, 1978, 2 v.; A. Brett, J. Tully & H. Hamilton-Bleakley (eds.), *Rethinking the Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge, Cambridge UP, 2006, X + 298 p.; H. A. Lloyd, G. Burgess & S. Hodson (eds.), *European Political Thought 1450-1700*, New Haven (Conn.), Yale UP, 2007, 658 p.

<sup>77</sup> Armitage, *Foundations of modern international thought*.

<sup>78</sup> E.g. J. Crawford & M. Koskenniemi, eds., *The Cambridge Companion to International Law*; A. Orakhelashvili, ed., *Research Handbook on Theory and History of International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, 566 p.

<sup>79</sup> M. Koskenniemi, *The gentle civilizer of nations : the rise and fall of international law, 1870-1960* [Hersch Lauterpacht memorial lectures], Cambridge, Cambridge UP, 2001, XIV + 569 p.; G. Bandeira Galindo, “Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law,” *European Journal of International Law* XVI (2005), 539-559.

<sup>80</sup> Koskenniemi, *From Apology to Utopia*.

<sup>81</sup> M. Koskenniemi, *La politique du droit international* [Collection Doctrine(s)], Paris, Pedone, 2007, 423 p.; Id., “What Should International Lawyers Learn from Karl Marx ?,” *Leiden Journal of International Law* VII (2004), No. 2, 229-246.

<sup>82</sup> M. Koskenniemi, *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification of international law*. Report of the Study Group of the International Law Commission [Publications of the Erik Castrén Institute of International Law and Human Rights], Helsinki: Erik Castrén Institute of International Law and

Human Rights, 2007, III + 306 p.; A. Orakhelashvili, *The interpretation of acts and rules in public international law* [Oxford monographs in international law], Oxford, Oxford UP, 2008, 3: “In our time, where many international lawyers have opted for a narrow field of specialisation, the risk of general structural factors being misunderstood and underestimated is greater than ever”; J. P. Trachtman, “Fragmentation and Coherence in International Law,” *Tufts University Working Paper Series*, 25 p. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\_id=1908862, last consulted on 31 January 2013].

<sup>83</sup> Koskenniemi, “International law in the world of ideas”, 53.

<sup>84</sup> Armitage, *Foundations*, 18.

<sup>85</sup> A. Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law* [Cambridge Studies in International and Comparative Law], Cambridge: Cambridge UP, 2004, 356 p.; Y. Onuma, *A Transcivilizational Perspective on International Law* [Pocketbooks of the Hague Academy of International Law], The Hague, Martinus Nijhoff, 2011, 480 p.

<sup>86</sup> A. Peters, B. Fassbender, S. Peter & P. Högger (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law* [Oxford Handbooks in Law], Oxford, Oxford UP, 2012, 10.

<sup>87</sup> “L’équilibre des puissances entre États ou entre groupes d’États, n’est pas le droit lui-même, mais il est la meilleure garantie du droit”, A. Pillet, “Recherches sur les droits fondamentaux des États dans l’ordre des rapports internationaux et sur la solution des conflits qu’ils font naître”, *Revue Générale de Droit International Public*, 1898, 252-253).

<sup>88</sup> S. A. Kocs, “Explaining the Strategic Behaviour of States: International Law as System Structure”, *International Studies Quarterly*, XXXVIII (1994), No. 4, 554.

<sup>89</sup> L. Bély, *Espions et ambassadeurs au temps de Louis XIV*, Paris: Fayard, 1990, 905 p.

<sup>90</sup> L. Bély, “Les larmes de M. de Torcy: la leçon diplomatique de l’échec, à propos des conférences de Gertruydenberg (mars-juillet 1710)”, *Histoire, Économie et Société*, 1983, No. 3, 429-456.

<sup>91</sup> L. Bély, “Les Temps Modernes”, in: J.-F. Sirinelli, P. Cauchy & C. Gauvard (dir.), *Les historiens français à l’œuvre 1995-2010*, Paris, PUF, 2010, 261-275.



Spanish Succession<sup>92</sup> or the congresses that ended the question, was gargantuan. Yet, the richness and vastness of the available material still makes new interpretations possible, as historical knowledge in other domains progresses. First, diplomatic correspondence flew from the pen of educated, civilized men. The main actors in the networks between courts were commercial experts<sup>93</sup> or noblemen brought up by preceptors not averse to the nascent republic of letters, e.g. the French Regent, who had abbot Dubois as his teacher in public law<sup>94</sup>. Their lives are extensively documented in letters leaving in all directions and touching upon so many aspects of 18th century European society, that historians could almost reconstruct every day. Second, Bély rehabilitated rules of precedency<sup>95</sup> or diplomatic incidents, both of them classified as objects of mere erudition, or antiquarianism<sup>96</sup>. Again, applying the *Annales'* practice to explore the "non-dits" or "choses banales", or the study of continuity, rather than that of disruptions, reveals anchored mentalities, linked to the social and cultural context wherein law lived.

## 2. Sociology: Pierre Bourdieu

A second source of inspiration for my work are Pierre Bourdieu's notions of field theory and praxeology. Both terms may be classified as vague. Moreover –as the edition of his course on the State at the Collège de France shows<sup>97</sup>– it is sometimes difficult to distinguish between inspiration and recuperation of well-known earlier work by historians or legal historians. Yet, both terms are particularly useful to describe the social structure of international relations. In spite of a fundamental anarchy, a consequence of the lack of a proper monopoly of vio-

lence<sup>98</sup>, the European international system has often been characterized by stability, rather than by conflict. To the 21st century jurist, however, the horizontal law between states of the early modern period seems inadequate to explain this stability, in respect to the vertical institutions which emerged after the first and second world war. An era as the "Trente heureuses" cannot then be explained by anything else but precarious and temporary good personal relationships between prominent internal political actors.

Yet, interactions between actors create new social systems in their own right. As Bourdieu has pointed out repeatedly, language in human interactions is not neutral, but represents power relationships<sup>99</sup>. The agreement on concepts, or a string of concepts carrying legitimacy, is impossible without implicitly recognizing the power of the player who defines them. Bourdieu described the monopoly of the lawyer during the French high middle ages as the power to render monarchical acts acceptable and legitimate.

My work started from the hypothesis that the lawyers working as diplomats, secretaries, secretaries of state, undersecretaries of state or premiers commis<sup>100</sup>, had a similar function in the 18th century. Not only on an internal level, but most of all on a horizontal basis, when they interacted with their counterparts in another sovereign's service. They shape the practical international law discourse, serving as the unique vector of international politics, and render themselves indispensable in carrying out foreign policy. This essential function of the lawyer as an "apologist" of power is not a unidirectional phenomenon. Legal discourse itself is reinforced when experienced gatekeepers see its permanence as the exercise of their own symbolic dominance<sup>101</sup>.

## 3. Cultural Constitutional History: Barbara Stollberg-Rilinger

A third source of inspiration was Barbara Stollberg-Rilinger's work *Des Kaisers alte Kleider*<sup>102</sup>, wherein she described how traditional political history's understanding of the Holy Roman Empire was incomplete. Based on a narrow positivist understanding of the law, previous generations of historians failed to recognize the power of

<sup>92</sup> W. Churchill, *Marlborough. His Life and Times*, London: Harrap, 1933, 4 v.; A. Kirchhammer, *Feldzüge des Prinzen Eugen von Savoyen. Nach den Feld-Acten und anderen authentischen Quellen*, Wien, Gerold, 1876-1892, vol. 3-15; A. Mignet, *Négociations relatives à la Succession d'Espagne sous Louis XIV* [Collection de documents inédits sur l'histoire de France; première série: histoire politique], Paris: Imprimerie Royale, 1835-1842, 3v.; A. Legrelle, *La Diplomatie française et la Succession d'Espagne, 1659-1725*, Paris, Pichon, 1888-1892, 4 v.; F.E. Pelet & J.J.G. de Vault, *Mémoires militaires relatifs à la succession d'Espagne sous Louis XIV* [Collection de documents inédits sur l'histoire de France; première série: Histoire politique], Paris, Imprimerie Nationale, 1835-1862, 11 v.

<sup>93</sup> F. Dhondt, "L'équilibre européen et la Succession d'Espagne. L'épisode révélateur des négociations de Nicolas Mesnager en Hollande, 1707-1708", in: V. Demars-Sion, R. Martinage, H. François & A. Deperchin (dir.), *Diplomates et Diplomatie. Actes des Journées Internationales tenues à Péronne du 22 au 23 mai 2009* [Société d'Histoire du Droit et des Institutions des Pays Flamands, Picards et Wallons], Lille, Université Lille 2-Centre d'histoire judiciaire, 2013, 97-112.

<sup>94</sup> G. Chaussinand-Nogaret, *Le Cardinal Dubois, 1656-1723 ou une certaine idée de l'Europe*, Paris: Perrin, 2000, 26.

<sup>95</sup> J. Rousset de Missy, *Mémoires sur le rang et la préséance entre les souverains de l'Europe et entre leurs ministres représentans suivant leurs différens Caractères. Pour servir de supplément à l'ambassadeur et ses fonctions de Mr. de Wicquefort*, Amsterdam, François l'Honoré & fils, 1746, 258 p.

<sup>96</sup> E.g. L. Bély, *L'Art de la Paix en Europe: naissance de la diplomatie moderne*, Paris, PUF, 2007, 745 p.; L. Bély & G. Poumarède (dir.), *L'Incident diplomatique (XVIe-XVIIIe siècle)*, Paris, Pedone, 2010, 416 p.

<sup>97</sup> P. Bourdieu, *Sur l'État: cours au collège de France, 1989-1992* (éd. P. Champagne, R. Lenoir, F. Poupeau & M.-C. Rivière) [Cours et Travaux], Paris, Seuil, 2012, 656 p.

<sup>98</sup> "iubeo, ergo sum" (A. Cassese, "States: Rise and Decline of the Primary Subjects of the International Community", in: A. Peters & B. Fassbender (eds.), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, 51. W. Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt: eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München: C.H. Beck, 1999, 631 p.

<sup>99</sup> P. Bourdieu, "The Force of Law: Towards a Sociology of the Juridical Field", *Hastings Law Journal* XXXVIII (1987), 827.

<sup>100</sup> The two or three top civil servants reporting directly to the Secretary of State, in charge with a certain set of geographic areas (J.-P. Samoyault, *Le secrétariat d'État des Affaires étrangères sous Louis XV* [Bibliothèque de la revue d'histoire diplomatique], Paris, Pedone, 1971, 35).

<sup>101</sup> "International legal ideas [...] have a considerable historical, intellectual and emotional pull [...] They work as critique of power and as instruments of power", Koskeniemi, "International law in the world of ideas", 61.

<sup>102</sup> B. Stollberg-Rilinger, *Des Kaisers alte Kleider: Verfassungsgeschichte und Symbolsprache des Alten Reiches*, München, C.H. Beck, 2008, 416 p.; Id., "Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte", *ZRG CXXVII* (2010), 1-32.

rituals, symbols and communications, or... law on the political stage. My initial idea was to see balance of power as a formal converging principle. The relative stability of international relations made a hierarchy of norms possible. Early modern legal pluralism would thus have been organized around the principle of sovereign equality and consent, introducing the precedence of international norms over vertical ones. Stollberg-Rilinger's work is a warning not to mistake a symbol for a legal principle, or to swap effective legal culture and doctrinal construction. Especially when comparing two periods, the positivist trap, and thus the attempt to prefer the seemingly most congruent explanation, can be deceitful. Ancien Régime legal culture, and diplomacy in general as well "did not suppress its institutions", but "superimposed new forms by allowing the old ones to remain dormant and in atrophy without realizing that one day they might be resuscitated"<sup>103</sup>. Social or legal institutions and their perceptions can live through a cyclical evolution, whereby their legitimacy does not collapse, but can gently erode, at a slower pace than first thought<sup>104</sup>. Thus, the initial scheme sketched above (Section 1: I) whereby, in the eighteenth century, Balance of Power and normative hierarchy impose themselves from 1713 on, should be nuanced from the start on, and understood as an attempt to describe one distinct pattern in a general legal pluralism.

## Section 2: Sources and Methodolog

### I. Sources

#### 1. Eighteenth Century

Apart from the contemporary publications (pamphlets in Rousset de Missy<sup>105</sup>/treaties and other papers in Dumont), mainly diplomatic instructions, for Britain<sup>106</sup> and France<sup>107</sup>, have been edited in the 20th century. Never-

theless, this still remains a limited proportion of the available primary sources in handwriting. As well in the Archives Diplomatiques (La Courneuve) as in the State Papers series (Kew), letters, notes, memoranda, secret intelligence, summaries or overviews, leaflets and legal documents appear in –at best– chronological order. Moreover, as British diplomacy is concerned, private individuals tended to take their papers away to the family manor<sup>108</sup>. Over time, most of these papers have been deposited by descendants at the British Museum (now British Library). As my research was primarily concerned with the standard management of foreign policy, potentially revealing diplomatic legal habitus, I concentrated on two main series, with sporadic incursions. For Britain, I examined the State Papers Foreign: France series continuously from 1713 to 1739 on, with accessory inquiries into the Madrid (1718, 1725, 1733), Vienna (1718, 1725, 1733) or Brussels (1733-1734) sub-series. Conversely, for France, where the combination Correspondance Politique and Correspondance Politique (supplément) is too vast for the scope of a single four-year dissertation, the starting point has been in the Mémoires et Documents-fund (France-Espagne-Allemagne-Autriche-Pays-Bas-Sardaigne-Angleterre), where Louis-Nicolas Le Dran's writings have often provided shortcuts and résumés. The core of my dissertation's material was thus in the State Papers Foreign: France series. Moreover, Britain preferred to carry out its foreign policy through negotiations by its envoys abroad, rather than with foreign residents in London<sup>109</sup>.

<sup>103</sup> S. Hanley, *The lit de justice of the kings of France : constitutional ideology in legend, ritual, and discourse* [Studies presented to the International commission for the history of representative and parliamentary institutions 65], Princeton, Princeton UP, 1983, 343.

<sup>104</sup> E.g. B. Stollberg-Rilinger, "Le rituel de l'investiture dans le Saint-Empire de l'époque moderne: histoire institutionnelle et pratiques symboliques", *RHMC LVI* (2009), 7-29.

<sup>105</sup> J. Rousset de Missy, *Les intérêts présents des puissances de l'Europe, Fondez sur les Traitez conclus depuis la Paix d'Utrecht inclusivement, & sur les Preuves de leurs Prétentions particulières*, La Haye, Adrien Moetjens, 1733, 608 + 768 p. See as well Id., *Les intérêts présents et les prétentions des puissances de l'Europe : fondez sur les traites depuis ceux d'Utrecht inclusivement, et sur les preuves de leurs droits particuliers; augmentez d'un supplément de diverses prétensions, entre autres de celles du Roi de Prusse sur la Silésie*, La Haye, Adrien Moetjens, 1731, 1017 + 900 + 90 + 879 + 110 p.

<sup>106</sup> L.G. Wickham Legg (ed.), *British diplomatic instructions, 1689-1789* [Camden Third Series; 35]. London, Offices of the Royal Historical Society, 1925-1927-1930. Vol. 2, 4 & 6 [France, 1689-1744].

<sup>107</sup> *Recueil des instructions données aux ambassadeurs et ministres de France: depuis les traités de Westphalie jusqu'à la Révolution française*. Britain (XXV): J.J. Jusserand & P. Vaucher (dir.), Paris, CNRS, 1960, XXV + 581 p.; Dutch Republic (XXI-XXIII): L. André & É. Bourgeois (dir.), Paris, Fontemoing, 1922-1924, 3 v.; Spain (XII-XIIBis-XXVII): A. Morel-Fatio & H. Léonardon (dir.), Paris: F. Alcan/CNRS, 1898-1899, XL + 434 + 498 p. & D. Ozanam (dir.), Paris, CNRS, 1960, X + 122 p.; Vienna (I): A. Sorel (dir.), Paris, F. Alcan, 1884, XV + 552 p.; Mainz (XXVIII)-Cologne (XXIX)-Trier

(XXX): G. Livet (dir.), Paris, CNRS, 1962-1963, LXIX + 307 + LXXII + 400 + CLXVII + 360 p.

<sup>108</sup> Dureng, *Le Duc de Bourbon*, 12-20.

<sup>109</sup> The "English Plan" of diplomacy; J. Black, *British diplomats and diplomacy, 1688-1800*, Exeter, Exeter UP, 2001, 64; see appendix: presence at the Londonian diplomatic post. See as well, Dhondt, "La représentation du droit".

By contrast, the core of French foreign policy was the administration, which directly interacted with Stair<sup>110</sup>, Schaub<sup>111</sup>, Sutton<sup>112</sup>, Horatio Walpole<sup>113</sup> or Waldegrave<sup>114</sup>.

## 2. Post 1945

Recent handbooks on the legal discourse of the foreign service are rare<sup>115</sup>. Yet, diplomatic practice has been extensively published for France (*Documents Diplomatiques Français*<sup>116</sup>) and Germany (*Akten zur Auswärtigen*

*Politik der Bundesrepublik Deutschland*<sup>117</sup>). In view of the emphasis of my research on the first cluster, the second part being accessory and comparative, I have limited this inquiry to the DDF and AAPD-series, bringing argumentation in bilateral meetings between heads of state and government, legal advice or diplomatic dispatches in relation with the typology observed in the first part.

## II. Methodology

"International Law is not a blueprint, still less a logical system, but a language within which contrasting interests and values may be presented, a habit in which they may be dressed [...] Often the good answers are intensely contextual: a compromise between opposing parties that can work only where it has been attained."

Martti Koskenniemi<sup>118</sup>

"Eine Entzifferung der Grammatiken der Wortverwendungen, der Denkstrukturen und der Gefühle der Vergangenheit [...] setzt voraus, sie erst einmal als fremde zu akzeptieren und der Neigung entgegenzuwirken, vordergründig sprachliche Assonanzen zwischen gestern und heute mit den Etiketten "schon" und "noch" zu bekleben."

Michael Stolleis<sup>119</sup>

My thesis had both the advantage and the disadvantage to be an interdisciplinary undertaking between the disciplines of law and history. Can history be seen as a science? On one hand, a considerable number of renowned scholars doubt that one can ever become a good historian by sticking to a dry enumeration of facts, or the constitution of an objective narrative<sup>120</sup>. History is an art, a craft one can learn by observing the implicit logic of a master at work, and not a codified and predefined procedure. A researcher's individual pleasure and drive seem to have been behind the inspiring major works of historiography, who are closely linked to empathy or aesthetic quality as a writer, more than to his rigid confinement to a sole paradigm<sup>121</sup>. On the other hand, historiography is subject to scientific waves or fashions, that can at times seem to crush or alter its very essence, at the image of the

<sup>110</sup> John Dalrymple, 2nd earl of Stair (1673-1747). Ambassador Extraordinary in Paris, 29 January 1715-21 June 1720. Served as a brigadier in Marlborough's 1708 campaign in Flanders, and carried the news of the allied victory at Oudenarde (11 July 1708) to London. Dhondt, *Op Zoek naar Glorie*, 393.

<sup>111</sup> Luke Schaub (1690-1758) became secretary to the British ambassador in Vienna, baron Cobham (1715) and occupied the post of envoy at the latter's return to Britain, while Abraham Stanyan (1669-1732) occupied the post of envoy extraordinary and plenipotentiary (2 December 1716-18 March 1718). In October 1717, he went over to England as Stanhope's confidential secretary. See Philip Woodfine, 'Schaub, Sir Luke (1690-1758)', *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford University Press, 2004 [http://www.oxforddnb.com/view/article/2479]. Saint-Saphorin was appointed in October 1716 as the personal envoy of George I as elector of Hanover. Only from March 1718, at Stanyan's departure for Constantinople, where the latter took over from Robert Sutton, did Saint-Saphorin represent Britain at the Imperial court. In Parliament, Saint-Saphorin was under attack, since he occupied a post reserved for British subjects under the Act of Settlement (Gehling, *Saint-Saphorin*, 21-22).

<sup>112</sup> The Robert Sutton who replaced Stair in Paris, served under his cousin Lexington (plenipotentiary at the Utrecht Peace conference) as secretary from 1697 on, when he abandoned the church. After his cousin's retreat due to ill health, he took over as resident, to be appointed ambassador in Constantinople in 1700, where he remained until 1717. As such, he was appointed mediator in the Turkish-Austrian conflict, for the peace conference of Passarowitz. In Paris, Sutton would soon be joined by Schaub (March 1721), who obtained the title of ambassador. In November 1721, Sutton left Paris for Britain, where he became an MP in April 1722 and sub-governor of the Royal African Company in 1726. A financial scandal (Sutton was accused of insider dealing in shares of the Charitable Corporation, in which he was a member of the management committee) caused his expulsion from the Commons in 1732. See Jeremy Black, 'Sutton, Sir Robert (1671/2-1746)', rev. *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford University Press, 2004; online edn, Jan 2008 [http://www.oxforddnb.com/view/article/38037].

<sup>113</sup> 1678-1757, Worked as a secretary to James Stanhope during the War of the Spanish Succession and supported Charles of Habsburg as King of Spain, then followed Charles Townshend to the Geertruydenburg negotiations. Opposed to the treaty of Utrecht as "Britain's shame". (Re-)negotiates the Barrier Treaty at the Hague in 1716. From 1723 on in Paris, where he turned into a staunch supporter of the Franco-British alliance, inter alia thanks to his good relationship with cardinal Fleury. C. de Baillon, *Lord Walpole à la Cour de France*, Paris, F. Didier, 1868<sup>2</sup>, 389 p.; Coxe, Horatio Walpole, I; J. J. Murray (ed.), *Honest Diplomat at The Hague*. The private letters of Horatio Walpole, 1715-1716 [Indiana University Publications. Social Science Series, No. 13], London, Ayer Publishing, 1971 [1955], 394 p.

<sup>114</sup> James First Earl Waldegrave (1684-1741). See Philip Woodfine, 'Waldegrave, James, first Earl Waldegrave (1684-1741)', *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford University Press, 2004; online edn, May 2008 [http://www.oxforddnb.com/view/article/28437, accessed 28 May 2013]

<sup>115</sup> M. Schweitzer & A. Weber, *Handbuch der Völkerrechtspraxis der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden: Nomos, 2004. 862 p. Although basic material has been made available in the main journals, e.g. the annual *Völkerrechtliche Praxis der Bundesrepublik Deutschland* in the *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, or the *Chroniques des faits internationaux* and the *Vie internationale de la France* in the *Revue Générale de Droit International Public*.

<sup>116</sup> Commission de publication des documents diplomatiques français & M. Vaïsse (dir.), *Documents diplomatiques français*, 1962-

1968, Paris, Imprimerie Nationale/Bruxelles, PIE Peter Lang, 1998-2010, 11 v.

<sup>117</sup> *Auswärtiges Amt (Germany) & H.-P. Schwartz (Hrsg.)* [1962: K. Hildebrand; 1964: H. Haftendorn], *Akten zur auswärtigen Politik der Bundesrepublik Deutschland 1962-1967*, München, Oldenbourg, 1993-2010, 17 v.

<sup>118</sup> Koskenniemi, "International law in the world of ideas", 59. (our underlining)

<sup>119</sup> Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, I, 46 (our underlining).

<sup>120</sup> A. France, *Le Jardin d'Epicure*, Paris, Callman Lévy, 1895, 139: "L'Histoire n'est pas une science, c'est un art"; "Even in writing the history of treaties it is possible to think for oneself" (A.W. Ward, "Review of E. Armstrong, Elisabeth Farnese, 'The Termagant of Spain', London, Longman, 1892", *English Historical Review* VIII (1893), No. 29 (Jan), 162).

<sup>121</sup> J. Kunisch, *Friedrich der Große. Der König und seine Zeit*, München, Beck, 2004, 9: "So ist Geschichte nicht einfach das Geschehene, das statisch Vorgegebene, sondern verdankt sich einer imaginativen, von Eingebung gelenkten Beobachtung, so dass [...] der Geschichtsschreiber "mehr zu den Künstlern als zu den Gelehrten" gezählt werden müsse (Mommsen)."



devastating impact of postmodernity on the epistemological foundations of historical knowledge<sup>122</sup>. As far as my study was concerned, history is not a conversation between historians (people writing on history), but is about facts in the past. Without the basic guidelines or garde-fous<sup>123</sup> of historical criticism, a historian cannot rank or counter-check the affirmations in his sources. I did not deal with theoretical or meta-historic aspects, which I rank in the realm of the respectable disciplines of philosophy and epistemology.

Conversely, law, as a living discipline, has always been close to practice. The legal science's object, *stricto sensu*, is a closed and auto-referential system of norms, whose existence stands as an axiom. Practitioners see science as a handmaiden, bringing systematisation and structure. Legal scholars traditionally are learned men with a thorough knowledge of positive law, sanctioned by the justice system<sup>124</sup>. As such, the utility of legal history seems instrumental, explaining norms' genealogy or putting older rules into their societal context. In the eyes of the historian, however, his colleagues in the law faculty stay aloof from intellectual developments in the broader humanities. Institutional or legal subjects get associated with late 19th-century German scholarship around figures as Leopold von Ranke<sup>125</sup>, relics from an era imbued with the illusion of explaining history as a lawyer would explain an article of the Civil Code, without ever questioning the basic assumptions of his activity. International law has – 19th century positivism left aside<sup>126</sup> – been an exception to this<sup>127</sup>. Many of its themes, including its very existence or universality as law of nations, are claimed by other disciplines as well, such as philosophy or theology<sup>128</sup>.

I have chosen to focus on the object of my research, and to avoid getting entangled in other conceptual discussions than those closely related to my basic question: how did diplomats make use of state-created legal obligations in international relations, in two given cases: the “trente heureuses”, and Charles de Gaulle's challenge to

Cold War hegemonic discourse? This choice entailed several risks. Positivist historians could judge that I ignored the historicity or uniqueness of events, made a needless abstraction of a legal discourse embedded in a multi-layered and far more complex cultural context, and ventured into a “History without Historicism”<sup>129</sup>. Theoretical or philosophically oriented historians, conversely, will abhor an all too factual and source-driven underpinning of a mere restatement of the same old realist principles of international relations: why write several hundred pages, if it is all about power and its varying legitimacy? What kind of difference between a political and a legal pretext, if both turn out to be pretexts after all<sup>130</sup>? Positivist lawyers, on the other hand, will get the impression that there is not much law in my analysis, in view of the lack of sanctioning institutions. Alternatively, they can see this work at the most as an historical introduction to contemporary international legal source theory<sup>131</sup>.

Primary sources (manuscript and published diplomatic correspondence, legal memoranda), drafted or finalised by the practitioners, the main actors of this research, occupy the most eminent place in my hierarchy of sources. Sometimes written as if their author was still reasoning and formulating his discourse, they serve as the most accurate mirror of international relations. My approach does not eliminate published treaties<sup>132</sup> or doctrine<sup>133</sup>.

<sup>122</sup> R.J. Evans, *In defence of history*, London, Granta Books, 2000, 371 p.

<sup>123</sup> L. Bély, *L'art de la paix en Europe: naissance de la diplomatie moderne, XVIe-XVIIIe siècle* [Le noeud gordien], Paris, PUF, 2007, 2.

<sup>124</sup> M. Van Hoecke, “Hoe wetenschappelijk is de rechtswetenschap?”, *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2009, 629-675; Id. (ed.), *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Oxford, Hart, 2011, 294 p.

<sup>125</sup> L. von Ranke, *Die grossen Mächte*, Leipzig: Philipp Reclam, 1917, 68 p.

<sup>126</sup> Cf. H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of Law*, London: Longman 1927, ix: “The modern positivist doctrine [...] a true offspring of the doctrine of sovereignty, [...] could not countenance the intrusion, into the field of binding rules of international law, not directly derived from the will of the States.” See Legohérel, *Histoire du droit international public*, 105-106; P. Macalister-Smith & J. Schwietzke, “Bibliography of the Textbooks and Comprehensive Treatises on Positive International Law of the 19th Century”, *Journal of the History of International Law-Revue d'histoire du droit international III* (2001), 75-142.

<sup>127</sup> “Law is not a science; the lawyer's materials are not at all found in printed books; and law cannot divorce itself from politics” R. H. Steinberg & J. M. Zasloff, “Power and International Law”, *American Journal of International Law C* (2006), 87.

<sup>128</sup> Koskeniemi, “International law in the world of ideas”, 48.

<sup>129</sup> Hobson & Lawson, “What is History in IR?”, 420; “sed autoritas, non veritas, facit legem” (Hobbes, *Leviathan*, XXVI, 202, quoted in J. Schröder, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule* (1500-1850), München, Beck, 2001, 98).

<sup>130</sup> E.g. Ruti Teitel (in reaction to J. Goldsmith & E. Posner, *The Limits of International Law*, New York, Oxford UP, 2005, 262 p.): “They see the increasing reliance on the uses of legalists discourse and institutions as epiphenomenal of Enlightenment narrative. In other words, they see this development as reflective of control by certain elites; they see the juridical shift to the law of conflict as merely a way to manage the balance of power” (Teitel, *Humanity's law*, 31 (our underlining); in the same sense: A. Vagts & D. Vagts, “Balance of Power”, in: R. Bernhardt (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, New York, North-Holland, 1984, VII, 13-15). On the debate between “realists” and “idealists” in international law, see as well T.-H. Cheng, *When International Law Works*, Oxford, Oxford UP, 2012, 340 p.

<sup>131</sup> E.g. D.J. Bederman, “Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs. by Friedrich V. Kratochwil”, *American Journal of International Law LXXXIV* (1990), No. 3, 777: “Far from reconciling our two disciplines by developing a unified theory of state behaviour, this volume shows how far our studies have drifted apart” or A. Cassese, “States: Rise and Decline”, 54: “Another striking feature of the world community in this initial stage (and until the 19th century) was the paucity of legal rules regulating international intercourse. States were both unable and uninterested in agreeing upon common standards of behaviour”.

<sup>132</sup> R. Lesaffer, “In de marge van de rechtsgeschiedenis? Politieke verdragen als rechtshistorische bron (13de-18de eeuw)”, *Nieuwsbrief Standen en Landen/Bulletin d'Information Anciens Pays et Assemblées d'états*, 1997, 60-76; Id., *Europa: een zoektocht naar vrede? : 1453-1763 en 1945-1997*, Leuven: Universitaire Pers, 1999, XXXIII + 694 p.

<sup>133</sup> E.g. P. Haggenmacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste* [Publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève], Paris, PUF, 1983, XXIV + 682 p.; E. Jouanet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique* [Publications de la Revue Générale du Droit International Public; Nouvelle Série; 50], Paris, Pedone, 1998, 490 p.; J.-M. Mattei, *Histoire du droit de la guerre*; L. von Ompteda, *Literatur des gesamten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts*, Regens-

Quite the contrary. I aimed to complement them, and, consequently, to reinterpret them in the light of their immediate context or practical pedigree<sup>134</sup>. Or, in other words, to link two distinct types of knowledge: sophisticated political background analysis and public international law as expressed through state practice<sup>135</sup>. A mere deconstruction of discourse, or focusing on law as an object of symbolic communication only, would not help us any further than a state of the art would show us. This would, again, create a risk to fall in a factual analysis without intellectual depth. Ideas can originate in diplomatic negotiations, and die before the political process is completed. Yet, failure or non-explicit alternatives to seemingly self-evident paths chosen by the actors constitute a treasure for jurists as well as historians<sup>136</sup>. Documents ought to be studied for what they intended to say, and not merely for what they literally express<sup>137</sup>.

The analysis does not seem novel: one of Grotius's – an ad hoc diplomat himself – basic exercises was the accommodation of neo-scholastic theology<sup>138</sup> and Roman law<sup>139</sup> with the rules states actually accepted<sup>140</sup>. The relevance of a source is determined by its normativity, or the “oughtness” of a legal rule. For example, reiterating the building blocks of the international system, establishing a hierarchy between distinct legal sources, or the analysis of a contentious point between two parties by distinguishing their claims in opposite concepts. Any document which “does not merely describe some aspect of reality but poses requirements for it<sup>141</sup>”, fell within the scope of my work. For the reasons above mentioned and foremost in view of the determining role of context, I preferred a chronological approach to a thematic one. If, politically speaking, “everything is in everything”, the role of law in the very dynamics of negotiations can only be shown if the reader is presented the complete story.

## Conclusion: Diplomatic Correspondence As The Legal Historian's Window On Legal Practice

Constructing a bottom-up history of public international law requires a study of the interaction between states and the legal language used to formulate claims and pretensions. Balance of Power-rhetoric, if not universal, then at least recurrent in international relations, offers the framework that enabled European diplomats to elaborate vague treaty norms. This practical legal process is hardly covered by traditional histories of international law, based on treaty publications or doctrinal writings. Starting from this angle, I identified two case studies: Franco-British tandem diplomacy after the Peace of Utrecht (1713) and French contestation of the bipolar Cold War world order (post 1945). Anti-hegemonic legal discourse served to convince other sovereigns and their representatives. Diplomatic relations or European states witnessed the formation, adaptation or interpretation of rules in a continuous process. Inspired by the turn to cultural diplomatic history (Lucien Bély), the field sociology of Pierre Bourdieu or Barbara Stollberg-Rilinger's cultural constitutional history, we can reinterpret primary sources once thought to have been exhaustively treated by historians of the late nineteenth and early twentieth century. As a result, our understanding of the life of international law can be considerably enhanced.

burg, Montags, 1785, 2 v. ; B. Sirks, “Bijnkershoek as author and elegant jurist”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* LXXIX (2011), No. 2, 229-252; R. Tuck, *The Rights of War and Peace: Political Thought and International Order from Grotius to Kant*, Oxford, Oxford UP, 2001, 243 p.

<sup>134</sup> D. Heirbaut, “A Tale of Two Legal Histories. Some Personal Reflections on the Methodology of Legal History”, in: D. Michalsen (ed.), *Reading Past Legal Texts* [Oslo Studies in Legal History; 1], Oslo, Unipax, 2006, 94: “For contextual legal historians the autonomy of law is anathema: law is anything but an isolated phenomenon, it is a product of a society that in its turn influences that same society.”

<sup>135</sup> E.g. F. Dhondt, “So Great A Revolution: Charles Townshend and the Partition of the Austrian Netherlands, September 1725”, *Dutch Crossing: Journal of Low Countries Studies*, XXXVI (2012), No. 1, 50-68.

<sup>136</sup> L. Bély, “Les larmes de M. de Torcy”.

<sup>137</sup> “Les documents ont été étudiés en eux-mêmes plutôt que pour l'information qu'ils portent, pour ce qu'ils disent plutôt que pour ce qu'ils veulent dire”, L. Bély, *Espions et ambassadeurs*, 11.

<sup>138</sup> C. von Kaltenborn, *Die Vorläufer des Hugo Grotius auf dem Gebiete des Ius naturae et gentium sowie der Politik*, Leipzig, Gustav Mayer, 1848, 250 + 148 p.

<sup>139</sup> D. J. Bederman, *Classical Canons. Rhetoric, classicism and treaty interpretation* [Applied Legal Philosophy], Aldershot, Ashgate, 2001, 340 p.

<sup>140</sup> H. Bull & B. Kingsbury (eds.), *Hugo Grotius and international relations*, Oxford: Clarendon press, 1992, XI + 331 p. On Grotius' life as a diplomat and Dutch academic, see H. Nellen, *Hugo de Groot. Een leven in strijd om de vrede 1583-1645*, Amsterdam, Balans, 2007, 829 p.

<sup>141</sup> Koskenniemi, “International law in the world of ideas”, 60.

# Legal Science as a Source of Law (Notes on its Practical-Normative Dimension)

Josefa-Dolores Ruiz-Resa, Granada

*Abstract: Can legal science create law and then become a legal source? The most influential theories about legal science, such as those of Kelsen or Ross, have responded in the negative. However, certain work of legal science –such as, for example, configuring law as a system or obtaining the applicable norm from the legal provision, may raise doubts about the true role of legal science in shaping law. In what follows, I shall attempt to analyse the difficult consideration of legal science as purely speculative or theoretical knowledge that goes no further than the description of what law is, and how the best-known efforts to define its status as theoretical knowledge do not resolve the matter definitively. The need to rethink it now arises in the light of questioning of rationality of scientific knowledge (including the legal), from the beginning of twentieth century. This questioning also focuses on how scientific knowledge is also influenced by elements such as stereotypes, traditions and certain moral values.*

*¿Puede la ciencia jurídica crear Derecho? Las teorías más influyentes acerca de la ciencia jurídica, como la de Kelsen o la de Ross, han respondido de manera negativa. Sin embargo, determinados trabajos de la ciencia jurídica –como por ejemplo, la conformación del Derecho como un sistema o la obtención de la norma aplicable a partir de la disposición jurídica– pueden suscitar dudas acerca del verdadero papel de la ciencia jurídica en la conformación de lo jurídico. En lo que sigue, se tratará de analizar la difícil consideración de la ciencia jurídica como saber netamente especulativo o teórico, sin más alcance que la descripción de lo jurídico, y cómo los esfuerzos más conocidos por delimitar su estatuto como saber teórico no zanján este asunto de manera definitiva. La necesidad de replantear este asunto actualmente surge ante el cuestionamiento de la racionalidad del conocimiento científico, también jurídico, que se viene planteado desde el siglo XX, y que también ha obligado a tener en cuenta cómo se ve influido por la presencia de estereotipos, tradiciones y determinados valores morales.*

## I. Is Legal Science Merely Descriptive Knowledge? (By Way of Introduction)

In a report commissioned by UNESCO, The University Teaching of Social Science Law, published in the 50s of last century, Charles Eisenmann said that the legal scientist's work is not limited, in many cases, to mere description, as he understands it should be, but the scientist mixed it and gave priority to his own opinion, that is, his opinion of the norm or the legal institution he is studying, when the opinion that should be considered is that of the one who created the norm or institution. According to Eisenmann, studies of legal doctrine "reproduce the text of the laws, exposed the difficulties of interpretation (...), the interpretations proposed by the authors, the arguments that condemn some and impose or recommend others, afterwards they set out the interpretation, for example, of the courts and as appropriate, approve or criticize their use. In short, two phases can be distinguished: the first, devoted to doctrine, which tends to determine what, on some presupposed bases, should be the law, and the second, that which checks what specific law was actually applied"<sup>1</sup>.

Years later, Robert Alexy published his Theory of Legal Argumentation, in which he argued that in the tasks of describing current law, of systematic and conceptual analysis, and drafting of proposals for the settlement of problematic legal cases and attribution of meaning to the rules of law, legal doctrine gave stability and universality to the law itself, at the same time as it fulfilled heuristics and control tasks. He also contended that these three activities corresponded firstly to the empirical-normative dimension, secondly to the analytical-logical and thirdly to the practical –normative<sup>2</sup>. The first two are those that enable us to confirm the theoretical or speculative nature of legal science, the third is that which would lead us to assert its influence in shaping the law and, ultimately, its status as a source of law, but lacking explicit legal recognition as such. According to Alexy, the statements of legal science are related to the established rules and jurisprudence, but are not identified with the description of the established norms or principles or *rationes decidendi* of judicial decisions. These declarations are formed, grounded and tested in the context of a law science which operates institutionally [which means] a substantial extension of the discussion, in time and object (...), and that may be adduced as arguments for the decision about questions that could not be solved only with empirical arguments<sup>3</sup>. These features of the declarations of legal science allow it to develop stabilizing functions around law (settling certain solutions to practical issues), progress (although here it also takes into account the changes introduced by the legislature), and explanation (allowing it to adopt already proven and accepted declarations of legal science, as is the case of the definitions of the most re-

Law, 1953. (Spanish edition used: "El problema de la naturaleza y los fines de la enseñanza del Derecho", in LAPORTA, F. J. (ed.), La enseñanza del Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 6, p. 75).

<sup>2</sup> ALEXY, R., Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie des juristischen Begründung C. II, 2, 2.4, 1978 (Spanish edition used: Teoría de la argumentación jurídica, trans. by M. Atienza & I. Espejo, 2ª edición actualizada, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, C. II, 2, 2.4 pp. 240 y 241). Alexy says (ibidem, p. 241, footnote 105) that, according to Dreyer (Was ist und wozu Allgemeine Rechtslehre, 1975, p. 15), there are only two dimensions, the theoretical-descriptive and the practical-normative.

<sup>3</sup> See R. ALEXY, Teoría de la argumentación jurídica, op. cit., C. II, 2, 2.4, pp. 244-246.

<sup>1</sup> See EISENMANN, Ch., The University teaching of Social Sciences



levant legal concepts). Moreover, it serves a technical function (informing and promoting the teaching and learning of law, and thus, its transmission), a monitoring of the coherence of doctrinal declarations and decisions that are grounded using them, and a heuristic function, as it provides solution models, distinctions and points of view that would not exist if it had to start anew<sup>4</sup>.

The legal science of jurists, also called legal doctrine is presented, then, as knowledge where the point of view of the scholar does not have the necessary distance that theoretical or speculative knowledge imposes. And this fact points to a problem of objectivity in that it is difficult to know to what extent this is a purely descriptive knowledge. Although legal science is not recognized in any system of sources of law (at least not in Europe), its work continually reconfigures the law created by the bodies legally attributed with the competence to create law.

It should be remembered at this point that from antiquity the distinction has been drawn between theoretical or speculative knowledge and practical knowledge. A characterization of each can be found in Plato's *The Statesman*<sup>5</sup>, where, by way of reflection about what kind of science the statesman cultivates, he distinguishes between practical science and cognitive or just pure science, in order to determine whether that of the politician is critical, - so acting as a mere spectator, - or prescriptive, acting as a master. In the first case a simply cognitive science is employed and in the second, a practical one. Aristotle continues this theme, and in his *Nicomachean Ethics*<sup>6</sup> he differentiates between scientific rationality and calculative rationality. Science, which uses the former, seeks what is necessary, eternal, imperishable and capable of being demonstrated and taught; and knows it either through syllogism or through induction. Instead, the aim of calculative rationality is that which may be otherwise, which may be the object either of production or of action. Technique and art are concerned with production, and wisdom with action. According to Aristotle, what is the subject of production and what is the subject of action can never be science, because production and action are changing, they may exist in different ways, but science is concerned only with what does not change, what makes it worthy of epistemological quality superior to practical knowledge.

Until the Middle Ages, both jurisprudence, here in the sense of case law, and natural law constituted some of the most typical manifestations of so-called practical or operational knowledge founded on prudence, the latter as part of morality; so far as the former was concerned, this character is seen in the very etymology of the word, which refers to *prudentia iuris*. This fact indicates that legal science, as a science that aims to be theoretical knowledge, is the result of a series of transformations, throughout history, of legal knowledge, which originally seems to have been eminently practical.

But the perception of theoretical and practical knowledge continued to evolve, especially after the separation between science and philosophy (each being modes of theoretical knowledge), as the identification of scientific knowledge with positivist knowledge was also instrumental, which culminated with Comte. This limited knowledge to the description of a sensible object, through induction and the principle of causality, and erected such a formula in the last stage of human knowledge<sup>7</sup>. In the late nineteenth and early twentieth centuries the assumption of the distinction between theoretical rationality and practical rationality persisted, although in a context in which positivist scientific knowledge began to be questioned. In this way, and from the affirmation of the specificity of social sciences versus natural sciences, Wundt claimed the existence of three types of science: that of nature, that of the spirit and the so-called normative sciences, among which he included grammar, ethics, logic, aesthetics, politics and jurisprudence. The first two types of sciences contemplate objects in their factual aspects, while the normative sciences do so from the perspective of certain rules or norms. Therefore they would be normative sciences because their subject consisted of norms and ethical values, aesthetic, logical judgments, etc., and because their function is to formulate norms. However, as science (speculative knowledge), they would also provide an explanatory approach to norms, by establishing real or factual conditions of their origin and development<sup>8</sup>.

Bearing in mind all these premises, when speaking of legal science, we are generally speaking of a knowledge model for the application of legal knowledge of the nineteenth century positivist paradigm, which considered that the only possible knowledge is that of science<sup>9</sup>. Nevertheless, this legal positivist science, presented as knowledge made by jurists, who adopt an apparently positivist methodology was never a scientific positivism, as Scandinavian legal realism<sup>10</sup> tried to demonstrate, but

<sup>7</sup> See COMTE, A., *Cours du Philosophie positive*, vol. I, Paris, 1864, pp. 8-10

<sup>8</sup> See WUNDT, W., *Logik*, 1880-1883. As is well-known, Dilthey did not admit the existence of a third specific type of science, apart from those of spirit and nature, that is, the autonomous existence of normative sciences. These fall within the sciences of the spirit, within which, however, he distinguishes three essential parts: 1) that which expresses the real element, based on/given in perception, and which contains the historic element of knowledge; 2) that which explains the uniform behaviour of the partial content of reality, which is separated from abstraction, and which constitutes the theoretical element; and 3) that which expresses value judgments and prescribes norms, being the practical element. See DILTHEY, W., *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und der Geschichte*, 1883.

<sup>9</sup> However, it could be said that speculative legal knowledge has adopted other non-positive paradigms speculative knowledge, such as theology and even mathematics. In this sense, we could point out that, in spite of the specificities of the legal object, the theoretical study of law has used various methods of knowledge coming from other fields: the method of theology – perceptible in the iusnaturalism of Thomas Aquinas –, of mathematics – in rationalist iusnaturalism and legal positivism –, of biology – in the second Ihering –, of social sciences – realist currents –, logical positivism and normative sciences – the legal positivism of Kelsen –, etc.

<sup>10</sup> For this reason it is considered quasi-positivism; or as González Vicén calls it, crypto- iusnaturalism. See GONZÁLEZ VICÉN, F. "So-

<sup>4</sup> See ALEXY, op. cit., p. 260, and pp. 255-260, where he sets out the description of the functions of dogmatics.

<sup>5</sup> 258e and 260b-c258e and 260b-c.

<sup>6</sup> Book VI, 1138a-1140a.

rather it remained faithful to the legacy of tradition and methods of rationalist iusnaturalism. This, as Franz Wieacker argued<sup>11</sup>, laid the foundations of the general theory of law as a specific discipline of theoretical legal knowledge, and it is this which is really legal positivist science. Moreover, this is the science of law which jurists themselves cultivate<sup>12</sup>, who adopt a specific point of view of law, that of those who consider themselves subject to the law in their own cognitive task. It is, ultimately, what Hart called the “internal point of view”, which divides into a comprehensive theological work and into another prescriptive or normative, while the external point of view is that adopted by those who do not feel bound by law itself when they apply themselves to their knowledge, a knowledge that is descriptive-causal<sup>13</sup>. This explains why this legal science is also known as legal doctrine, because it raises the subject of study, law, to an incontestable dogma, although, as we have seen, that dogma does not eliminate the criticism or proposals for correction so as to adapt law to a systematic vision that legal science helps develop. The mention of the understanding to characterize the task allows legal scientists to consider it-following Wittgenstein, Winch and von Wright- as a labour linked to a purposive interpretation of human behaviour, which goes beyond the typical causality of scientific positivism. And the connection to the field of behaviour leads us again to the field of practical knowledge, thus underlining the practical-normative dimension that the science of law made by jurists has never forsaken.

This model of legal science, doctrinal and positivistic in a sui generis manner, which still dominates today, scarcely reflects the methodological changes introduced by the social sciences or the linguistic turn. (Another thing is the influence of these trends in studies of legal epistemology, and, generally, in the theory of legal science, but this influence hardly extends to the specific works of legal science in its various branches-many such branches are attributed to law as a subject of study-). Nor does it clearly reflect the practical-normative dimension that Wundt and Dilthey considered appropriate to the non-natural sciences, and which Kelsen sought to influence, even while stressing its descriptiveness. The permanence of the conceptualist formalist model, characteristic of rationalist iusnaturalism –as opposed to a truly positivist mo-

del of legal science, closer to social science, has connected the permanence of a rationalist conception of law, which is an idea that scientists develop. This conception of law, as endowed with rationality, developed during the modern age and became entrenched during the Enlightenment, the codification process and the development of constitutionalism, is very strong and continues to linger in the minds of contemporary jurists. The intrinsic and essential rationality of law is that which leads those who work on legal science to present the developments as an “implicit law”<sup>14</sup>.

Thus, when we analyse the works of legal science, we find that it does not merely describe a given object but it is through it that law appears as an orderly system of norms and principles, which corresponds to what we really understand that law is, although its task as a science, as speculative knowledge that moreover is presented as following the positivist science model, should be to describe an already given object that it necessarily is. And even though this legal science has been presented as doctrinal knowledge, raising its object to dogma and does not question it; its results tend to take a not only critical perspective of the law, but even to correct it, although, a priori, this does not seem to have explicit and direct legal effects. Moreover, the use of deduction to extract explanatory principles serves to provide an immutable and necessary character to the very content of the science, so it that seems impossible to reach conclusions different from certain premises. However, the works of legal science cannot always take the form of a logical-deductive, nor yet inductive, inference, nor the style of the natural sciences, since they primarily aim at the interpretation of legal texts. That extraction process demands a method of hermeneutical knowledge directed at the translation and interpretation of texts, where the prejudices, community values or tradition are elements that are usually present<sup>15</sup>. This affects their objectivity and questions the purely descriptive nature of the work of legal science, in this case the presence of elements that are not legal or justify their presence as tools of rational knowledge.

Since the twentieth century, and from research conducted by the social sciences and the sciences of linguistics, it has been argued that stereotypes, social prejudices, tradi-

bre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo”, *Anuario de filosofía del derecho*, N° 8, 1961, pp. 74 – 75.

<sup>11</sup> WIEACKER, Franz., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1952. (Spanish edition used: *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, trans. by F. Fernández Jardón, ed. Aguilar, Madrid, 1957).

<sup>12</sup> In this sense, and as Eisenmann argues, it would be more exact to speak of the Juridical Science of Law, to designate appropriately a specific cognitive activity, carried out by specific subjects who maintain a specific attitude toward law. See EISENMANN, C., “El problema de la naturaleza y los fines de la enseñanza del Derecho”, in LAPORTA, F. J. (ed.), *op. cit.*, p. 68.

<sup>13</sup> See HART, H. L. A., “Definition and Theory in Jurisprudence”, (Spanish edition used: “Definición y Teoría de la Ciencia Jurídica”, in H. L. A. Hart: *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Depalma, Buenos Aires, 1962). This text is the address he gave on taking possession of his Chair at Oxford University.

<sup>14</sup> For example, AGUILÓ REGLA, J., presented it in this way in *Teoría general de las fuentes del Derecho*, editorial Ariel, Barcelona, 2000, p. 130, where he put it forward in order to establish a certain differentiation of tasks between normative authorities, competent to create law explicitly, and the theorists and practitioners of law, who are concerned to extract implicit law through the rational drafting of explicit law. In this way, implicit law would be the product of a rational method. This implicit law is shown in propositions where expressions are used (which Aguiló took from Ernst Carlos, *Los derechos implícitos* (Marcos Lerner ed., Córdoba, 1994, pp. 9 and ff), such as “in consequence, it must be presumed that the legislator has ordered...”, “...one must conclude that this is also permitted...”, “...It has to be considered as included in the norm...”, “...tacitly it has been provided that ...”.

<sup>15</sup> The presence of tradition or prejudices in legal interpretation as well as the importance of the understanding as mediator between the past and the present is put forward, for example, by Gadamer. See GADAMER, G., *Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 1960. (Spanish edition used: *Verdad y método*, trans. by A. Agud Aparicio & R. Agapito, ed. Sígueme, Salamanca, 1977, pp. 337 and ff).

tions and even certain moral values, are a pre-built schema of conceptual, linguistic, sociological or ideological nature that helps us to understand the complexity of the world and, to the extent that we share them with others, they also serve to relate us to them. For the linguist George Lakoff and philosopher Mark Johnson, the human being, before moving to the stage of analytical reasoning (proper to science and philosophy), uses metaphors and frames of mind that may have a pre-scientific character. These frames are even configured physically in our neural circuits and when the data we receive do not match them, our brain simply ignores the data<sup>16</sup>. This may also determine the choice of criteria or scientific methods and, in general, the knowledge paradigm itself. As argued from ethno-methodology, the cultural normative referents of a society influence all types of knowledge, including the scientific, because they mediate the way in which data are selected and processed<sup>17</sup>. It does not seem that legal knowledge in general, and not only the legal science of the lawyers in particular, is exempt from this influence.

The approach and analysis of this issue in relation to legal science is particularly necessary if we admit that, with all the appropriate qualifications, legal science shapes current law which is intended to resolve conflicts and to achieve certain social, political and moral ends. And at this point, it can be done from stereotypes and values that are not only questionable for their pre-rational character but also because they are grossly unfair. The possibility of this occurring is especially high when we are referring to the description, comments, interpretation and application of certain laws which develop equality policies for individuals traditionally excluded such as women or homosexuals, or certain religious or racial groups. In these cases, it is not uncommon to find works where legal scientists show hesitation and doubts that match the presence of stereotypes rather than to rational problems or the systemic inability to adapt those laws to the legal order.

## II. An Endless debate

The existence of law does not seem to be resolved or reduced to a constitutive act or an essence or necessary appearance that the scholar discovers, although the positivist view of law, dominant since the late nineteenth century, has imposed a state-based conception of it, where it is considered a product *ex novo*, created specifically, rationally and objectively, by the state legislature. But, as Carlos Nino pointed out, one thing is the legal provision, which is the written text that comes to us from the legislature, and another the legal norm<sup>18</sup> - that has the structure of a rule or a principle-, which arises from the cogniti-

ve process which takes place from legal, theoretical knowledge, -such as legal science- or practical, whether institutionalized or not, "Obviously, said Nino, the term 'legal norm/rule' does not denote a set of prayers written on paper, since the same legal norm can be formulated by different prayers, nor does it denote a set of human behaviours, because legal norms are used to evaluate behaviours"<sup>19</sup>. The key to determining the existence of a norm is that it belongs to the legal system<sup>20</sup>, which is an aspect that continuously intervenes in legal science, as Bobbio indicated: it is not the same to speak of the legal order, which is what the legislator establishes, as to speak of the legal system, which is what the legal scientist provides<sup>21</sup>. Karl Larenz considered this situation as the open development of law by legal science and case law, which is the continuation of the interpretation beyond the possible literal sense<sup>22</sup>. It is therefore not the legislator, or not only the legislator-but (also) the legal doctrine that is concerned to give form and order to the principles and norms which make up law, to transform it into a rational and orderly system without lacunae or contradictions.

But opinions about whether legal science has only a theoretical or speculative nature or whether it also has a practical-legal dimension have been varied and contradictory. First, and as already noted, legal knowledge was not originally a theoretical knowledge but rather practical. Its passage to theoretical knowledge is the result of a transformation process that began in the Middle Ages and lasted for several centuries, culminating in its conversion to the current model of positivist science we know. Various different reasons were involved in this process. So, at certain times, the axiomatization of legislation and jurisprudence developed within the environment of university teaching of law: the *mos italicus* of the commentators grew in the university of Bologna and the situation was similar with the commentators and the *mos gallicus*, and subsequently, rationalist *iusnaturalism*<sup>23</sup>. The work of these scholars helped to organize and systematize the law of the time, through processes of abstraction and formalization of the broad casuistry that also facilitated the solving of tasks of eliminating lacunae and contradictions, which traditionally bedevilled the practice of law as well as learning law in an age when the printing press still did not exist and therefore there was no easy access to texts where legislation, commentaries, and generally, casuistry were set out. Gradually, the impartiality of the jurists to resolve private disputes and policies of their time was

<sup>16</sup> See G. LAKOFF & M. JOHNSON, *Metaphors We Live By*, 1980. (Spanish edition used: *Metáforas de la vida cotidiana*, Madrid, Cátedra, 1986). These proposals are an integral part of pragmatics.

<sup>17</sup> A view of this current and its representatives can be found in J. C. HERITAGE, "Ethnomethodology", in A. GIDDENS, & J. TURNER, *Social Theory Today*, 1987. (Spanish edition used: "Etnometodología", en *La teoría social hoy*, Spanish version by Jesús Alborés, Alianza ed., 1990, Madrid, pp. 290-350).

<sup>18</sup> See C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1983.

<sup>19</sup> See C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, op.cit., pp 93 and 94

<sup>20</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>21</sup> Norberto BOBBIO, "Il positivismo giuridico", en *Lezioni di Filosofia del diritto* raccolte dal Dott. Nello Morra, 1960. (Spanish edition used: *El positivismo jurídico*. (Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Mora), trans. by R. De Asís & A. Grep-pi, ed. Debate, Madrid, 1993, p. 205.

<sup>22</sup> See LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960. (Spanish edition used: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Enrique Gombertat Ordeig, Ariel, Barcelona, 1966, II. Parte sistemática, capítulo 4º, pp. 286 y ss.)

<sup>23</sup> See WIEACKER, F., *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, op. cit. See also CARPINTERO BENÍTEZ, F., *Historia del Derecho natural*. Un ensayo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, chapter 2, pp. 81 and ff.



made to rest on their reputation as “scientists”, a prestige that classical philosophy had considered superior to the practical. Thus, the conversion of legal knowledge into a theoretical knowledge helped improve their social status and recognition, and to achieve this, the paradigms of theoretical knowledge of each era were adopted: that of theology, Cartesian rationalism and natural science.

This fact raised the legal theorist above the practical lawyer as well as the legislating politician because the latter were said to have developed a merely practical rationality. Thus, it consolidated a distinction between a theoretical jurisprudence, directed to the development of a system of legal, general, universal and objective concepts and a practical jurisprudence, aimed at the application of a legal rule to the case in hand<sup>24</sup>. And this circumstance also helped to distance the jurist from the field of normative production, distributing the tasks of creating, implementing and making theorizing comment of law between different authorities and/or individuals.

The conflict between socio-political authorities for the exercise of the power of creating law is very old: it is nothing less than having the power to order and enforce obedience. John Henry Merryman<sup>25</sup> reminds us how this conflict explains Justinian’s decision to establish a body of law that could not be altered by legal scholars, whose commentaries and treatises were widely followed by practicing lawyers, given the authority that was conferred on them. Justinian tried to abolish that authority with the publication of a legal text, the *Corpus Juris Civilis*, which also included the commentaries of the most famous jurists. Henceforth, reference would not be made to these works but to the *Corpus Juris Civilis*, which contained them. However, he failed to completely eliminate the scholars’ commentaries, so that his law did not remain unaltered, as he intended. Neither did the principle of separation of powers, characteristic of modern constitutional states and directed at introducing order in the production of law and therefore, in the legal sources, manage to eliminate the continuous remodelling of law made by jurists when they studied, interpreted and applied it, trying to make it an orderly system. The legislator sanctioned that order in the codes, but the preparation thereof and their legitimacy were not without controversy, finding strong opposition in many law schools because they both doubted the legitimacy of the legislative power to create law as well as their rational capacities. However, this aspect has worked in different ways in which we might consider the main models of the Rule of Law in Europe—the French, the British and the German—, and their various schools of legal knowledge.

For example, in France, the theorists of the Exegesis

School, accepting national legalism, were concerned only (or so it seems) to explain and describe the laws created by the legislature, without adding anything that would involve a change in what it had established, in complete respect for the principle of the separation of powers and the primacy of the legislature. It was expected that the judiciary would behave equally respectfully, expressed by the “Montesquian” metaphor, according to which “the judge is the mouth of the law.” Geny’s vision of legal science (who was not a member of the Exegesis School and defended the application of sociological method in legal science) was different since he considered it as an additional source of law<sup>26</sup>.

But the situation was distinct in Germany, where the legislature was not as powerful, compared to the courts or the Kaiser, the incarnation of the German state; not even as opposed to the prestigious legal theorists working in the German universities, developing legal concepts, criteria for legal interpretation and systematizing law, past and present (that is, bearers of theoretical rationality traditionally considered better than the practical rationality of politics). Members of the Historical School of Law or the School of Free Law relied on the legal value of legal science or “jurists’ law” and the presumption that the legislature does not act rationally when it makes law. For some scholars, such as Alessandro Baratta<sup>27</sup>, the Rule of Law in Germany (from its birth in the second half of the nineteenth century) has always demanded a “continuous ‘demystification’ of the law.”<sup>28</sup> As for the British model—the model of the Rule of Law— we must remember that the judges also had great power in shaping the law, as guarantors of the Common Law, against Parliament, which moreover shares sovereignty with the monarch. And also well-known are the difficulties in making these judges, guardians of the Common Law, apply statute law or the law created by the legislature. However, the practical jurist raises more admiration than the theoretical—we recall the lonely attempts of Austin and Bentham to develop a theory of law, taken up again by Dicey. The legitimacy of judicial decisions rests more on the tradition of the Common Law, not the rationality of the legislature or of legal science. This explains the fondness for the case law method of legal education, where the priority is the study of the decisions of the courts, rather than a set of legal concepts and theoretical models of legal interpretation<sup>29</sup>.

As far as Spain is concerned, the legal historian Bartolomé Clavero questions that legal science, at least that taught in university faculties, was exegetical, that is to

<sup>24</sup> See BOBBIO, N. (1950), *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, 1950. (Spanish edition used: “Ciencia del derecho y análisis del lenguaje”, in *Contribución a la teoría del Derecho*, ed. by Alfonso Ruiz Miguel, Ferando Torres-editor, Valencia, pp. 175 and ff.).

<sup>25</sup> See MERRYMAN, J., *The Civil law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 1969 (Spanish edition used: *La tradición jurídica romano-cánónica* (1969), trans. by Carlos Sierra, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, chap. II, pp. 22 and ff.).

<sup>26</sup> See GENY, F., *Méthode d’interprétation et sources du droit privé positif*, 1919.

<sup>27</sup> See his text “Stato di Diritto”, in *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer Scienze Politiche I*, al cuidado de A. Negri, 1970 (Spanish edition used: “El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual”, *Revista Sistema*, 1977, N° 17-18, pp. 11-23).

<sup>28</sup> On the works of systematization of law carried out by German legal science, and in general on positivist legal science, and its questioning of the legislator’s rationality, see Franz WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, op. cit., Fourth Part, pp. 325 and ff.

<sup>29</sup> On these questiones, see J. R DEL PÁRAMO ARGÜELLES, H.L. Hart y la teoría analítica inglesa, CEC, Madrid, 1984, pp.105-154.

say, it was limited to positive law, and he reminds us how in nineteenth century law schools teaching consisted of doctrinal treatment and reconstruction with religious, class and oligarchic overtones of the Rule of Law -which could have a liberal imprint, although it is doubtful that that aspect reached students through that science that was transmitted to them. What in any case was considered necessary was not the mere transmission of the laws, so that each subject was constructed in its general part, which catered more to the doctrines or elaborations of the various theoretical schools than to the norms, and this was because they did not want to be content with making a mere exegesis. The result was a mixture of normative data, coupled with doctrinal ideology, which became especially evident with legal education under Franco<sup>30</sup>.

In general, legal positivism, which is the current dominant since the nineteenth century in the conception of law and its science, mostly adopted a state-based vision of the creation of law, and flatly rejected that legal science could do so. But Ross felt that, although legal positivism removed legal science from the sources of law, it continues to be smuggled in, from the moment in which the analogy is accepted<sup>31</sup>. Kelsen, whose legal theory was so influential, defended a view of legal science as a normative descriptive science, meaning a science that only describes legal norms. However, Ross criticized Kelsen's idea of legal science saying that it would be superfluous, merely repeating what the legislator has already said<sup>32</sup>.

In his early text, *Theory of Sources*, Alf Ross also rejected that the legal scientist could make law, and he thought that this idea is the result of a rationalist view of law, characteristic of iusnaturalism (and numerous works, especially Scandinavian legal realism which includes Ross, have pointed out throughout the twentieth century, how close legal positivism is to iusnaturalism in its conception of the method of legal knowledge and even its conception of law: all that legal positivism attempts to remove are the metaphysical aspects, although it does not always succeed). In any case, here he maintains a positive view of law different from German or French legal positivism, and closer to the Anglo-Saxon notion of the legal, as he understands that law is what the judges apply as such, and to the extent that they apply it, legal science can also be law<sup>33</sup>. In this line pointing to the practice of officials and courts to determine what the current law is, Hart's positivist theory on the rule of recognition<sup>34</sup> would also,

in some way, consider legal science as part of that same rule, which enables what is considered current law to be identified. There is no express formulation of this rule, but it is precisely a complex practice, normally concordant, of the courts, officials and individuals in identifying the law by reference to certain criteria. It is for these reasons that the rule of recognition takes the form of a discourse of legitimization of power and an analysis of the social mechanisms underlying the existence of a legal system in a given community, and among them, the works of an academic legal science, these mechanisms become part of current law. On the other, the works of legal science may be part of law when courts, officials and individuals use them to solve cases

What we may infer from those opposed to the view that legal science (and in general, jurists' theoretical knowledge), makes law is that they argue that this science only becomes law because the legislature or the courts include its content in its laws or decisions. But, even through legislation or judicial decisions, it can be said that in the everyday life of the development of what is legal production, theoretical study, interpretation and application to the specific case converge.

Indeed, the practical-normative dimension of legal science projects beyond the subject of knowledge (the law) to knowledge itself and vice versa. That is, the normativity of the subject affects the legal scientist's methodology, since the features of a legal concept and the interpretation and application of law (whether to solve a specific case or to be included in a model proposed by an abstract and formal lubrication, to solve future cases in practice) have to follow guidelines (procedures, time limits, or evidential limits) that the law itself lays down, irrespective of the use of a particular method of knowledge (rationalist-deductive, empirical-inductive, etc.). This situation is because law works as a dogma. On the other hand, the legal scholar contributes to the creation or recreation of that normativity, by producing work that has legal effects in some form or another, either because that work is a judicial or administrative decision affecting the parties involved in judicial or administrative process; because the abstract model of the decision proposed is incorporated in a decision of this kind, or in an academic work and ends up being part of a law or a judicial or administrative decision because it is used in them, or finally because these works contribute to a re-composition of the legal system to address questions concerning the validity of the rules and principles that shape it, or its consistency or completeness. In other words, the legal system is the object of study, the method and / or also the result of jurists' legal knowledge<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> See B. CLAVERO, "Reflexiones sobre la docencia del Derecho", in Cuadernos del Instituto Antonio Nebrija, 12, 2009, pp. 203-216.

(Also available at <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CIAN/article/view/930/383>, last consulted 11/11/2010).

<sup>31</sup> See ROSS, Alf, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929 (Spanish edition used: *Teoría de las fuentes del derecho. Una contribución a la teoría de derecho positivo sobre la base de investigaciones histórico-dogmáticas*, op. cit, book II, first part, chapter VII, epigraph 6, p. 235).

<sup>32</sup> As Ross had pointed out in *Om ret og retfaerdighed. En indeförelse i den analitiske retsfilosofi*, 1953. (Spanish edition used: *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. Genaro Carrió, EUDEBA, Buenos Aires, 1963, p. 9).

<sup>33</sup> See ROSS, A., *Teoría de las fuentes del Derecho*, op. cit., book II, second part, chapter XII, epigraph 2, p. 360

<sup>34</sup> See HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 1961. (Spanish edition used: *El concepto de Derecho*, op. cit., especially pp. 135 and 137)

<sup>35</sup> An interesting study on the scope of legal norms, as object, method and outcome of legal science can be found in J. VEGA, "Las 'ciencias normativas' y la 'ciencia del derecho'", *El Basilisco*, N° 16, 1994, pp. 3-18, where he applies the scheme of the philosophy of science of Gustavo Bueno to the legal sciences. Following these assumptions, Vega has proposed a distinction between the different currents that have developed throughout history around the concept of legal science. For this he has taken as a distinguishing criterion the two main ways that, in his opinion, throughout history, the relationship between "thematic norms" (norms considered as the object of sci-

Moreover, it should be emphasized that in the legislative laws and court decisions, legal science appears as a continuum in time, so avoiding dealing with the same questions time and again, and where those who have cultivated this science throughout time are neither distinguished nor identified. Scientific production is embedded in its own law, as a normative content that blurs the theoretical outlines of the normative content produced by policy or judicial practice or other officials.

In any case, this practical normative dimension of legal science is not exclusive to it. The twentieth century has seen how blurred that distinction is, with the claim of the practical normative or operational dimension, not only for the social sciences, but also for the positivist sciences themselves. This is what happens with Kuhn's or Merton's theses, sensitive to the role that humanity and its liberty may mean for the very structure of knowledge. They try to raise to the fore the role of the scientific community, which, according to Merton, is a community able to establish norms<sup>36</sup> for the development of scientific research, standards, undoubtedly, that will affect its outcomes, which will not be a completely objective description but determined by certain values or standards. Kuhn's propo-

ence) and "methodological norms" (norms considered as the method of science) have been articulated: or rather thematic norms contain, involve or incorporate methodologies, so that the latter are norms of the second rank, whose *raison d'être* is to refer to the first; or the inverse formula applies, whereby methodological norms contain thematic norms and are considered superior to them. In the first case are included the currents that consider legal science as a set of hermeneutical rules, aimed at legal interpretation, and that, either consider that interpretation is after the rules, so it would be limited to discover the norm already given (this is the usual conception from Savigny to Kelsen) or understand that interpretation comes before the norm, which only exist thanks to construction or systematic procedures (for example, analogy), which are implemented as a result of internal presuppositions or external to legal materials, which can even lead to conflicting results (this is the case of jurisprudence of interests, the Free Law School or the proposed theories of legal argumentation). In the second case, the superiority of the methodological norms over the thematic norms can be of two types: In the first, the norms are given their status as such if they are constructed as part of a scientifically designed system, as established in the normative chain, which converges to a superior or higher norm which is a hypothesis (Kelsen). According to the second type, the methodological norms are neutral and purely descriptive, and are destined simply to be a meta-language of legal norms, whose functions are not directly normative but informative about the content of the norms (this would be the conception of science in logical-linguistic theories, such as those of Kalinowski, or of Alchurón and Bulygin).

<sup>36</sup> Merton points out the following among the norms or "institutional imperatives" that govern scientific communities: 1) universalism (according to which scientific contributions must be submitted to impersonal criteria, such as being consistent with observation and current knowledge) 2) communalism (which considers that scientific findings are the common property of the community, the only property right of the scientist is that of institutional recognition) 3) disinterestedness (which means that the only legitimate reason for the scientist's conduct is research itself so that fraud, pseudoscience or professional exploitation would be prohibited), and 4) organized scepticism (which is the temporary suspension of judgment and independent review of the scientific contributions according to strictly empirical and logical criteria). Such norms are essential to understand how science develops, since it is they who arbitrate phenomena as competition among scientists, priorities on findings, assessment processes, etc., all aimed moreover at the practical application of these discoveries. See MERTON, Robert K., "The Normative Structure of Science" (1941), in MERTON, Robert K., *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations*, 1973.

sal<sup>37</sup> is based on the concept of paradigm, which stands as the director and guarantor of the development of normal science when accepted by the scientific community, and which will play this role of standard of scientific knowledge, until a scientific revolution will replace it with another. Thus, the paradigm will consist of the set of general theoretical principles, laws and theories for its implementation that the members of a particular scientific community adopt. This "adoption" implies that they are not necessary and could be different in other epochs. Today, scientific activity is subject to legal rules, which, for example, limit experimentation on humans and animals or environmental effects of such experimentation. To these must be added those which govern the institutions where these sciences are developed, -public universities, private laboratories, etc. - or how to be part of the scientific community-for example, conditions of access to jobs, formalities in hiring or in obtaining a particular administrative teaching or research status, etc. -.

In recent years, the Spanish philosopher Gustavo Bueno has highlighted the double dimension of theoretical and practical knowledge as two inseparable dimensions, and proposes a new classification and naming of human knowledge. Thus, science could be classified into normative sciences alpha and normative sciences beta (a terminology that seeks to overcome the exclusion inherent in the typical names "social or human sciences" and "natural sciences", since in his opinion they prevent us from determining clearly the epistemological status of other cognitive disciplines): the first corresponds to the typical natural and formal sciences, or science of laws, and are those that refer not to the normative relations between individuals but rather the objective relations between objects; while the latter, which are traditionally known as social or human sciences have as objects norms where the scientist is not fully independent. Finally, the normative sciences, which would be disciplines beta (ii) would have a regulatory purpose, that is not only never abandoned but that which develops through science itself. This means that there is an indissoluble mutual implication between "thematic norms" and "methodological norms" (corresponding to the requirements of the principle of legality, which binds the judges, other legal professionals and scholars in their tasks); an implication which also can lead to the production of new norms<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> See KUHN, T., *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962.

<sup>38</sup> See G. BUENO, *Teoría del cierre categorial*, vols. 1-5, Pentalfa, Oviedo, 1992-1993. And see too his text "En torno al concepto de ciencias humanas", *El Basilisco*, N° 2, 1978, where in relation to legal science he argues that the expression "legal science" is, once again, a contradiction: if it is legal (which implies accepting that its purpose and method are imputative and practical, that is, normative in the semantic sense of the word), it is not science, but a dogmatic discipline, as the subject who knows, the scientist, is not separate from his object (the norms), namely, he is not outside normativity, but he is affected by it, at the methodological level and even contributes to the creation or re-creation of that normativity (in other words, the norms are the object of study, they determine its method and possibly its result). This means that the works are "dogmatic" as being subject to the authority conferred by the norm, and in turn establish norms or opinions provided with authority by other bodies, such as, for example, judicial practice. But if this is science, it cannot be legal, since the scientific (which would lead him to apply a method of work distinct from that which sets legal



### III. A New Perception of Legal Science (by way of conclusion)

The existence of law appears to be a process that gradually modulates the norms established by the legally competent authority, through the subjects and situations that demand their application to resolve conflicts or to meet certain economic, social or political goals. Whether this consists of an implied development of law, of the rational essence of law or an *ex novo* development depends on the very concept of law that one has: in the first two cases, it is usually a rationalist conception, more or less metaphysical; in the latter, a more sociological one. In any case, this modulation or reworking of law demands the help of rational work, that therefore it is not merely theoretical-descriptive, but also practical-normative, although admittedly it only achieves value as source of law indirectly, through an authority legally competent to create law (which, in turn, will depend on the system of sources of each state, where the role fluctuates and the importance granted, in turn, to the creation of the legislative power and the judiciary power).

This work of reprocessing rational law as a consistent and full legal system, which also forms future lawyers, is not an apparatus external to law, but it is part of it. The strong overlap between the object of knowledge and knowledge itself, where the legal field is particularly instructive for other areas of human knowledge, is what enables us to assert that this knowledge ultimately involves normative effects that *a priori* are not derived, by definition, from a theoretical knowledge aimed at the description of its purpose, and equally it cannot be affirmed, at least, if we consider the list of legally established sources in Europe, where legal science is not included explicitly.

Accepting that legal science made by jurists also helps shape its own object of study, -either directly or indirectly through its application by an institution like the judiciary-, requires the assumption that the law is not presented as object already given to the scholar, and therefore prior to a structure and operating conditions in which, *a priori*, that individual who knows has not intervened, which also calls into question the scope-or success-of the separation of powers in the states of Europe, as well as the presence and legitimacy of certain groups, in this case, legal scientists, in the production or shaping of law.

Paying attention to the normative scope of legal science does not mean, moreover, defending an elitist creation of law, nor to disregard the fact that the complexity of the legal regulation of human relations today requires specialized knowledge that not all citizens develop. But in any event, it is important to wonder about the cognitive tools that legal scientists use in shaping law in the legal system, and target measures and channels to ensure compatibility with a democratic state and its principles of pluralism, justice and equality (formal and material). This is so be-

cause, at the end of the day, some of its contents become part of the law, either by legislative or judicial mediation.

This then should ensure that science is as democratic as possible, requiring, for example, selection processes of those who cultivate it, according to the principle of equal opportunities, ensuring that certain individuals are not excluded because of their sex, race or sexual orientation, and ensuring comprehensive training, beyond the margins of the nineteenth-century legal science model that still dominates in the law schools, so that it echoes and enables future professionals to implement and develop the advances that the methodologies of social sciences, the linguistic turn and a multidisciplinary collaboration with other sciences that have brought to human knowledge. In this way, legal scientists will be more aware of the socio-cultural stereotypes that may be present in their work and improve their epistemological quality. Such training should also cover an extensive knowledge of the legal culture of the community in which they will carry out their work: its political system, the principles that inform it and the thinking that has led to its development by studying disciplines appropriate for such purposes.

Ultimately, the shaping of the law that is made by incorporating in it the work of legal science is a task performed by humans. And while there is a normative and institutional determination in its development- a determination that we might call systemic-moreover, a determination due to the method of knowledge used, that task can also respond to motivations or interests of some groups, not always reconcilable with the fundamental principles of a democratic state of law. Detecting and analysing them is a requirement to which we can respond by paying proper attention to legal science taking into account its normative dimension.

---

norms for the jurist, and also requires a distance to the subject who knows) would force him to treat the norms, not as norms, but as facts, whether sociological, anthropological or historical. And if so, we would have a sociologist, an anthropologist or a legal historian

# Prozessformulare in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts: Richtlinien für das Vorgehen der Bürgermeister als Richter

Miguel Ángel Morales Payán, Almería

*Die Verkündung der Verfassung von 1812 brachte einen Bruch mit dem politischen Organisationsmodell, das bis zu diesem Augenblick in Spanien galt, mit sich. Dieser Zusammenbruch beinhaltete auch eine grundlegende Neuerung der Justizverwaltung. Trotz der Verkündung einer rigurosen Gewaltentrennung, war vorgesehen, daß die Bürgermeister sowohl Regierungs- als auch Richterfunktionen ausüben sollten. Sie wurden von ihren Mitbürgern gewählt und waren oftmals nicht ausreichend vorbereitet, um die ihnen anvertrauten schwierigen Aufgaben zu erfüllen. Daher benötigten sie die Unterstützung durch im allgemeinen kurz gefaßten Richtlinien in einfach gehaltener Sprache und voller Formulare, um Recht zu sprechen. Ziel dieses Artikels ist es, diese Veröffentlichungen zu untersuchen, die zu Beginn des letzten Drittels des 19. Jahrhunderts verschwanden, als beschlossen wurde, dem Abenteuer der Bürgermeister in der Welt der Justiz ein Ende zu setzen.*

*The promulgation of the Constitution of 1812 brought with him a break with the model of existing political organization in Spain so far. This rupture included a profound renewal of the administration of justice. Proclaims the strict separation of powers but the mayors have functions of government and justice. Periodically elected by their fellow citizens, often they were not prepared for the difficult task entrusted to them. They need some books, short usually with a very simple language and full of forms, to be able to administer justice. The subject of this article is to analyze these publications that will finally disappear when, at the last third of the 19th century, decides to put end to the adventure of mayors in the world of justice.*

*La promulgación de la Constitución de 1812 trajo consigo una ruptura con el modelo de organización política vigente en España hasta ese momento. Esta quiebra incluía una renovación profunda de la administración de justicia. A pesar de proclamar la estricta separación de poderes, se estipulaba que los alcaldes desempeñasen tanto funciones de gobierno como judiciales. Elegidos periódicamente por sus conciudadanos, en numerosas ocasiones no estaban preparados para la difícil tarea que se les encomendaba. De ahí que necesitaran el apoyo de unas guías, breves por lo general, con un lenguaje muy sencillo y llenos de formularios, para poder administrar justicia. El objeto de este artículo es analizar esas publicaciones que finalmente desaparecerán cuando, llegados al último tercio del siglo XIX, se decida poner fin a la aventura de los alcaldes en el mundo de la justicia.*

Auto:

En este mismo momento,  
tras de un examen prolijo  
de la parte y pedimento,  
el señor alcalde dijo:

Aunque atendida su facha,  
sin otro interrogatorio,  
podíase a esta muchacha  
declarar pobre a notorio,  
a fin de que su enemigo  
no articule otros extremos (sic),

que presente algún testigo

y después... allá veremos.

Y respecto al otro-sí:

venga de cualquier manera.

Lo mandó el de la montera,  
rubricándolo<sup>1</sup>.

## I. Einleitung

Ziel dieser Arbeit ist es, den praktischen Wert zu untersuchen, den jene juristische Literatur hatte, die, statt sich in rein theoretische Fragen zu vertiefen, es vorzog, diejenigen, die im Prinzip Laien auf dem Gebiet der Justiz waren, sich jedoch nicht nur Regierungsaufgaben widmen mussten, sondern zum Großteil auch Recht sprechen mussten, Orientierungshilfe anzubieten, auch wenn es sich oftmals nur um eine grobe Zusammenfassung handelte. Vor allem deswegen, weil es sich bei denjenigen, die mit dieser Befugnis ausgestattet waren, um Menschen mit nur geringer kultureller Bildung handeln konnte, die andererseits eine große Verantwortung auf sich luden, in einer Zeit, die Zeuge des Zusammenbruchs der Strukturen des absolutistischen Staates war und gleichzeitig des Versuchs, ein neues Staatsmodell, des Verfassungsstaats, einzuführen. In dieser Übergangszeit zu Beginn des 19. Jahrhunderts gewinnt in Spanien die historische Gestalt des Bürgermeisters an Bedeutung, da er zu einer Schlüsselfigur in der Beziehung der Machträger mit den Bürgern wird. Der neue politische Rahmen, der so hartnäckig auf der strengen Gewaltentrennung bestand, erteilte ihm jedoch sowohl Regierungs- als auch Gerichtsbefugnisse, wobei letztere zumindest umstritten waren. Wenn wir nun diesen Voraussetzungen der fehlenden Definition, des Nichtimklarens über die Zuordnung der Aufgaben, der oftmals mangelnden geistigen Vorbereitung, der festen Entschlossenheit, die bestehende Wirklichkeit zu verändern den Triumph des Legalitätsprinzips hin-

<sup>1</sup> Famoso litigio o sea espediente (sic) poético-prosaico encontrado por una rara y feliz casualidad no se sabe donde, como ni cuando; y seguido en tiempos al parecer muy remotamente entre una musa lavandera del Turia, y un vate con zaragüellas de la ribera del Júcar, en el juzgado ordinario de un alcalde de monterilla de cierto pueblo de la provincia de Valencia, 2. Aufl., Madrid, 1844, S. 3. Anm. d. ÜB: Ein kleines Gedicht über die Vorgehensweise der Bürgermeister als Richter.

sichtlich des sich aus der Legislative erkennbaren Willens, der einen Weg der ständigen Erneuerung der Normenlandschaft, die von den vorhergehenden Jahrhunderten weitergegeben worden war, beschreitet und den neuen Weg, den es zu beschreiten gilt, kennzeichnet, so ist es nicht schwer, sich vorzustellen, wie gelegen die Veröffentlichung einer Reihe von Orientierungsrichtlinien kam und wie zweckmäßig diese waren bei den täglichen Aufgaben der Ausübung des repräsentativsten Gemeindeamtes, besonders, wenn es sich auf die Ausübung der Gerichtsfunktion handelte<sup>2</sup>.

## II. DIE RECHTSLOTSEN VOR DEM 19. JAHRHUNDERT

Seit dem Spätmittelalter und zweifellos als Folge des Einflusses des Gemeinen Rechts (*ius commune*), wurde die Erteilung des Rechts in den verschiedenen Monarchien der iberischen Halbinsel zu einem immer komplexeren Vorgang. In Kastilien kennzeichnet das Erscheinen der *Partidas*, dem berühmtesten mittelalterlichen Rechtstext, der Alfons X dem Weisen zugeschrieben wird, auf der Szene, zweifelsohne den Beginn dieser radikalen Veränderung, einer Verhaltensveränderung, die, nach mehreren Jahrhunderten Abwesenheit, wieder die Juristen auf dem Plan erscheinen läßt, diese "neue gesellschaftliche Gruppe", in Worten von Montero Aroca<sup>3</sup>, die mit einem neuen Recht arbeitet, das weit entfernt ist von demjenigen, das das Volk in seinem Alltag benutzt.

Diese Fachleute verkörpern einen merklichen Bruch mit der vorherigen Tradition und eine allmähliche Abwendung von den Gebräuchen und Regeln, die in den vergangenen Jahrhunderten angewandt worden waren. Aus den neuen und komplexen gesetzlichen Erfordernissen, die die Lebensart und die Art, Gerechtigkeit zu verlangen, bestimmen, erwachsen eine Reihe von Veröffentlichungen, deren Hauptziel es ist, die Beteiligten in der immer anspruchsvolleren Welt der Gerichte auf den richtigen Weg zu bringen. Die Notwendigkeit, die Kenntnisse über den neuen juristischen Rahmen zu vertiefen,

den die Monarchen, ermutigt von den Juristen, die zu ihren qualifizierten Ratgebern geworden waren, aufzuzwingen versuchen, bringen eine beträchtliche Nachfrage nach doktrinäer Unterstützung mit sich, die als Orientierung bei den gerichtlichen Aufgaben dienen soll. So beginnt eine zaghafte Produktion juristischer Literatur, die im Lauf der Zeit immer mehr benötigt wird.

Unter den Rechtspflegern, die diesen literarischen Schatz schaffen entsteht jedoch auch ein Bruch. Man kann grob zwei große Gruppen unterscheiden. Einerseits sind da diejenigen, die sich für einen rein theoretischen Ansatz entscheiden, für eine Vertiefung in der Behandlung und dem Kommentar der juristischen, hauptsächlich römischen, Werke. Dies ist eine mühsame Arbeit, die versucht, ihren komplexen Gehalt zu erfassen und in einen Zusammenhang zu bringen. Andererseits gibt es diejenigen, die sich darauf konzentrieren, die rechtliche Wirklichkeit ihren Lesern nahezubringen, die praktische Anwendung der Regeln und den Alltag der Gerichte. In diesem Sinne, wenn Tomás y Valiente<sup>4</sup> die Rechtsprechungsarbeit der Neuzeit analysiert, unterstreicht er einerseits den Verdienst der Kommentaristen, da sie "das Recht der justinianischen Quellen für den täglichen Gebrauch nützlich gemacht haben", jedoch hebt er gleichzeitig den Nachteil hervor, daß "im 16. Jahrhundert der praktische Zweck übertrieben wird, und da die Juristen davon besessen sind, die Praxis kennenzulernen und weiterzugeben, vergessen sie die schöpferische Arbeit der juristischen Dogmatik und beschränken sich in vielen Fällen darauf, den bestehenden Gebrauch dieses oder jenes Sachgebiets zu erwähnen, vorzugsweise der Rechtsspraxis".

Jedoch, trotz der möglichen Kritik, denen sich diejenigen ausgesetzt sehen konnten, die vor allem eine tiefe Sorge darum trugen, den 'stylus curiae' aufzuzeigen (Prozessabwicklung, Arten der Schriftstücke, Fristen, etc.), kann der enorme Erfolg nicht geleugnet werden, den sie mit ihren Veröffentlichungen hatten und die als Muster für nachfolgende Generationen dienten<sup>5</sup>. Hier bestimmen Namen wie Gabriel de Monterroso y Alvarado, Gonzalo Suárez de Paz, Antonio de la Peña, Juan de Hevia Bolaños, Alonso de Villadiego Vascañana y Montoya, González de Torneo, Gerónimo Fernández de Herrera y Villarreal, Francisco Antonio de Elizondo, Manuel Fernández de Ayala, Silvestre Martínez, Joseph Juan y Colom, Isidoro Alcaraz y Castro, Josef Febrero, Juan Álvarez Posadilla o Juan Acedo Rico, Graf de la Cañada, um nur einige zu nennen, die Rechtslandschaft auf der iberischen Halbinsel bis hinein ins neunzehnte Jahrhundert unserer Zeitrechnung. Während all dieser Jahrhunderte wird ihre Aufgabe unersetzlich. Die Unterstützung, die sie der Gesellschaft mit ihren Werken erbringen, ist unerlässlich.

Bei allen, oder zumindest bei der überwiegenden Mehr-

<sup>2</sup> Es handelt sich, zugegebenermaßen, um einen oberflächlichen und unvollständigen Überblick über die Veröffentlichungen jener Zeit. Die Erfordernisse der Herausgeber verschleichen die Absicht einer umfassenden Untersuchung, die auf eine passendere Gelegenheit verschoben wird. Für eine Auflistung derselben wird empfohlen, eines der gängigen Bibliographieverzeichnisse einzusehen. Besonders empfehlenswert ist dasjenige von Dionisio HIDALGO und seinem Boletín bibliográfico español y extranjero. Comprende 1º Todas las obras, folletos y periódicos que salen a la luz en España, y las principales publicaciones del extranjero (sic). 2º Las obras que se han publicado hasta el año de 1840, en que se empezó este Boletín. 3º Los grabados, litografías y cartas geográficas. 4º Los libros antiguos y raros, tanto españoles como extranjeros (sic). 5º. Libros de lance. 6º Anuncios diversos de imprenta y librería, Madrid, verschiedene Jahrgänge (ab 1840) und mehrere Bände. Ebenso dasjenige von Manuel TORRES CAMPOS, Bibliografía española contemporánea, del derecho y de la política, 1800-1880, con tres apéndices relativos a la bibliografía extranjera sobre el derecho el derecho español, a la hispano-americana y a la portuguesa-brasileña..., erster Teil, Madrid, 1883.

<sup>3</sup> MONTERO AROCA, J., "Síntesis de derecho procesal civil español" in Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 89 (1997), S. 633-687.

(<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/89/art/art13.pdf>). In diesem Sinne darf man seine Aussage, vor dem 13. Jahrhundert sei es "schwer, in Kastilien den Namen eines Prozessrechtlers zu finden" nicht vergessen.

<sup>4</sup> Manual de Historia del Derecho Español, 3. Aufl., Madrid, S. 316.

<sup>5</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., "El pensamiento jurídico", in Enciclopedia de Historia de España dirigida por Miguel Artola. III. Iglesia. Pensamiento. Cultura, Alianza Editorial, Madrid, 1988, S. 361: "Werke unbestreitbaren praktischen Wertes, jedoch von ungleichmäßiger und unterlegener technischer Qualität".



heit, ist es möglich, so wie Montero Aroca<sup>6</sup> es tat, einige Gemeinsamkeiten herauszustreichen, unter anderem, sind sie im allgemeinen keine Professoren, wohl aber Menschen mit grosser gesetzlicher Erfahrung. Sie streben nicht danach, Wissenschaften zu betreiben, sondern zu lehren, wie man vor Gericht handeln und sich verhalten soll<sup>7</sup>. Im Gegensatz zu den Juristen, die das Gemeinrecht studieren, und die ihre Kenntnisse mit Kollegen aus anderen europäischen Ländern teilen können, ist ihre Arbeit auf einen engeren geographischen Raum beschränkt, eher innerhalb der Landesgrenzen. Daher wenden sie sich auch vom Latein ab und tendieren dazu, auf Spanisch zu schreiben, das sich doch mehr an ein einheimisches Publikum wendet. Ebenso kommt es auch häufig vor, daß sie Schwierigkeiten dabei haben, die enorme geltende Gesetzgebung zu kennen und als Quelle der Inspiration greifen sie daher freiheraus vor allem auf jenen Stil der Gerichte zurück, den sie zu vermitteln suchen und auf die Meinung der anderen Lotsen. Schließlich kann man hervorheben, daß sie ihre Veröffentlichungen nicht an die Universitätsstudenten richten, sondern an Richter, Schreiber und Rechtsanwälte, eben um die Mängel der Universitätsausbildung auszugleichen. Sie streben danach, das Vakuum zu füllen, daß diese entstehen läßt, da sie sich mehr auf das Gemeinrecht konzentriert, gelehrt und in Latein, das sich nach und nach von dieser nationenbildenden Nuance entfernt, das die einzelnen Monarchen ihm in ihren jeweiligen Staatsgebieten geben.

### III. DIE JUSTIZVERWALTUNG UNTER DEM ANCIEN RÉGIME

Das 19. Jahrhundert beginnt und es besteht kein Zweifel daran, daß in der spanischen Monarchie das Gewicht der über die vergangenen Jahrhunderte hinweg gebildeten Traditionen immer noch überzogen ist. Besonders die juristische Welt zeichnet sich durch fehlende Originalität und viele Wiederholungen aus. Die Schaffungsmechanismen der gesetzlichen Normen oder ihre Anwendung durch die Justiz entsprachen einer Reihe von im Voraus festgelegten Automatismen, starren Konzepten mit einer soliden Grundlage, die ihre Wurzeln im Mittelalter hatten und sich im Laufe der Jahre vervollkommen hatten. Zusammen mit einem komplexen Organigramm, das seinen Befehlen treu gehorchte, was allgemein als Polysinodiales Régime bekannt ist, schuf der Monarch unaufhörlich Rechtsnormen. Man griff auf deutlich veraltete gesetzgebende Techniken zurück, wie die Gesetzessammlungen, als Rückgrat dieses Vereinigungsversuchs der spanischen Rechtsordnung, der nach dem Erbfolgekrieg und den sich daraus ergebenden neuen Erlässen entstand. Die Verkündung der Novísima Reco-

pilación de las Leyes de España (brandneue Sammlung der Gesetze Spaniens) im Jahre 1805, in einem Moment, in dem im Rest Europas neue Wege der Gesetzesbildung ausprobiert wurden, ist nur ein weiteres Beispiel dieses Stillstandes. Ein überholtes Recht, daß andererseits "Funktionsstörungen, Mißbrauch und Bestechlichkeit" förderte, die "auf dem höchst wichtigen Gebiet der Justizverwaltung bedauerliche Folgen nach sich zogen"<sup>8</sup>.

Die Organisation der Justizverwaltung selbst war äußerst komplex. Um uns ihr anzunähern, und sei es auch nur mit einem flüchtigen Blick, muß zuallererst einmal eine Übersicht über die Vielzahl der im Schoße der modernen Monarchie bestehenden Gerichtsbarkeiten angelegt werden. Obwohl der König die Justizverwaltung monopolisieren sollte, war dies in der Praxis nicht der Fall. Seit den ersten Jahrhunderten des Mittelalters war die Beibehaltung der Trägerschaft der Justizverwaltung üblich, ihre Ausübung jedoch nicht. In vielen Fällen wurde sie ohne den König und seine Beamten angewandt, bis zu dem Extrem, daß die Lehre zwischen einer sogenannten ausgeübten königlichen Gerichtsbarkeit und einer Gerichtsbarkeit, die zuvor, hauptsächlich den Landherren mit eigener Gerichtsbarkeit, erteilt worden war, und mit dieser zeitgleich existierte, zu unterscheiden pflegt<sup>9</sup>. Die Träger dieser Lands- und Gerichtsherrschaft sind es, die die Justizverwaltung innerhalb der Grenzen ihres Territoriums frei organisieren, auch wenn sie zugegebenermaßen gewissen Einschränkungen durch die königliche Autorität unterworfen sind.

Was die ausgeübte königliche Gerichtsbarkeit angeht, so konnte diese einen Ausnahmecharakter haben, wenn es sich um Ausnahmetatbestände handelte, für die ex professo Beamte ernannt wurden, oder aber ordentlichen Charakter, was üblicherweise als ordentliche Justiz bezeichnet wird. Diese konnte wiederum von ordentlichen Gerichten ausgeübt werden (Angelegenheiten, die der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugeordnet waren) oder aber von Ausnahmegerichten (Fälle, die dem Privileg des besonderen Gerichtsstandes unterlagen).

Wenn wir uns nur auf die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit konzentrieren, so muß hier die Teilnahme eines Gemischs aus Institutionen, die teils aus Einzelpersonen, teils aus einem Kollegium bestanden, hervorgehoben werden, das eine gewisse, wenn auch nicht starre, Pyramidenstruktur aufwies. Auf der Grundfläche finden wir die ordentlichen Bürgermeister und Amtsmänner<sup>10</sup>, über ihnen waren die Obergerichte, wie die Chancillerías

<sup>6</sup> MONTERO AROCA, Síntesis de derecho..., a. a. O., S.644.

<sup>7</sup> Hier, verfügen die beiden repräsentativsten Gerichte der kastilischen Monarchie, die Chancillerías von Valladolid und Granada, ab dem 18. Jahrhundert über jeweilige Bücher, in denen ihre übliche Praxis dargelegt wird: die *Práctica y Formulario de la Chancillería de Valladolid*, zusammengestellt von Manuel FERNÁNDEZ DE AYALA und die *Práctica de la Real Chancillería de Granada*, von einem unbekannten Autoren. Siehe hierzu LÓPEZ NEVOT, J.A., *Práctica de la Real Chancillería de Granada. Estudio preliminar y edición del manuscrito 309 de la Biblioteca Nacional de Madrid*, Granada, 2005.

<sup>8</sup> ALEJANDRE, J. A., "La crítica de los ilustrados a la administración de Justicia del Antiguo Régimen", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* XXVI (Homenaje a Fr. José López Ortiz), Bd. II, 1993, San Lorenzo del Escorial, S. 429-430. Ebenso unterstreicht er, daß "das Recht und das komplizierte Justizverwaltungssystem dem Interesse des absolutistischen Staates entsprachen, und da die Idealformel für seinen Schutz ist, der Justiz eine höchst unterdrückende, und nicht vorbeugende, Funktion zuzuordnen, darf man sich nicht wundern, daß die Hauptsorge der Regierenden diesem Zweck gilt".

<sup>9</sup> SÁINZ GUERRA, J., *La Administración de justicia en España (1810-1870)*, Madrid, 1992, S. 24ff.

<sup>10</sup> BERMÚDEZ AZNAR, A., *El corregidor en Castilla durante la Baja Edad Media (1348-1474)*, Murcia, 1974; GONZÁLEZ ALONSO, B., *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970.

und Audiencias<sup>11</sup>. Ebenso war die Rolle des Königlichen Rates<sup>12</sup> von wesentlicher Bedeutung, um uns dann am Ende dem König gegenüberzusehen, der das letzte Wort hatte<sup>13</sup>. Dieses schon an sich komplexe Panorama wird jedoch noch komplizierter, wenn man bedenkt, daß weder eine strikte Unterordnung bestand, noch ihre jeweiligen Zuständigkeiten klar umrissen waren oder daß alle diese Institutionen nicht nur auf dem Gebiet der Justiz tätig waren, sondern außerdem Regierungscharakter oder wirtschaftliche Aufgaben hatten<sup>14</sup>.

Wenn wir uns auf ihren gerichtlichen Aspekt konzentrieren, der uns hier am meisten interessiert, so muß zu den Bürgermeistern gesagt werden, daß diese auf dem Gebiet des Zivilrechtes über Angelegenheiten entschieden, deren Streitwert nicht besonders hoch lag (bis zu 600 Maravedí) und bei Strafsachen führten sie die ersten Maßnahmen durch, überstellten die Gefangenen gegebenenfalls ins Gefängnis oder pfändeten ihren Besitz, wenn dies notwendig war. Die Amtsmänner treten während des Spätmittelalters in Erscheinung und sind Ausdruck des Versuchs der Monarchen, die städtische Unabhängigkeit zu unterbinden. Daher wird zuerst das Gebiet von Kastilien und danach der Rest der Monarchie in Amtsmannschaften eingeteilt, d.h. in eine Reihe von ungleichen Gebietseinheiten, die eine unterschiedliche Anzahl von Dörfern vereinen und ihren Hauptort in derjenigen Ortschaft ansiedeln, die am bedeutendsten ist, in der dann ein herausragender königlicher Beamte, der Amtmann, seine Residenz aufschlägt. Ebenso wie bei den zuvor genannten Amtsträgern, sind auch seine Aufgaben sehr unterschiedlicher Natur. Er verhängt Strafen, fällt Urteile, übernimmt den Vorsitz bei den Gemeinderatssitzungen, hält die öffentliche Ordnung aufrecht oder versucht, die Wirtschaftstätigkeit zu stärken. Er ist also ein Mehrzweckbeamter, der die königliche Macht in seinem gesamten Gerichtsbarkeitsgebiet verbreitet und vor allem kontrolliert. Was die Justizverwaltung angeht, entscheidet er daher in erster Instanz bei Strafsachen (unter Beantragung der Mitarbeit der Bürgermeister, sollte diese nötig sein) und bei Zivilsachen diejenigen, deren Streitwert 600 Maravedí überschreitet. Gegen seine Entscheidungen konnte bei den Audiencias und Chancillerías Einspruch eingelegt werden<sup>15</sup>. Bei diesen handelte es sich um Kolleggerichte, deren Gerichtsbarkeit sich über mehrere Amtsmannschaften erstreckte. Sie konnten in erster Instanz entscheiden, bei den sogenannten "casos de cor-

te", vom König zu richtende Fälle, vor allem jedoch waren sie für die Berufungen gegen die Urteile der Untergerichte zuständig. Schließlich gab es dann noch den Königlichen Rat, das "oberste Kollegialorgan des absolutistischen Staates"<sup>16</sup>. Allgegenwärtig und die rechte Kollegialhand des Monarchen, konnte er auch als Gerichtshof fungieren und die Entscheidungen der zuvor genannten Gerichte überprüfen.

Dieser gesamte Mischmasch der Diener der Justiz schlug so tiefe Wurzeln in der Gesellschaft, daß nicht einmal die reformfreudigsten Monarchen des 18. Jahrhunderts, noch ihre engsten Mitarbeiter, ihn unterbinden konnten. Sie versuchten höchstens, ihn an ihre Erneuerungspläne anzupassen, mit unterschiedlichen Ergebnissen. Die Gestalt des Amtsmanns war wahrscheinlich die heikelste, besonders nach der Einsetzung der Bourbonendynastie, als versucht wurde, sie durch die des Gouverneurs mit Gerichtsbefugnissen zu ersetzen. Jedoch beginnt das 19. Jahrhundert und alle diese Grundpfeiler der Verwaltungs-, Justiz- und der politischen Organisation der Monarchie verrichten unbeirrbar weiterhin ihre Aufgaben. Eine Aufgabe, die unter den Untertanen der Krone keine besondere Begeisterung hervorrief, ganz im Gegenteil, das Unbehagen war allgemein spürbar. Die Kritik an der Funktionsweise der Justizmaschinerie des 18. Jahrhunderts wurde immer stärker, vor allem unter der aufgeklärten Bevölkerungsgruppe. Alejandro, ein Gelehrter in dieser Frage, urteilt, daß "die Justiz sprach schlecht Recht, aus Gründen, die den mitwirkenden Personen zuzuschreiben waren, aus Organisations- und Prozessgründen und auch, weil die Gesetze, die die Richter anzuwenden hatten, ungeeignet waren"<sup>17</sup>.

#### IV. DIE JUSTIZVERWALTUNG NACH ANNAHME DER VERFASSUNG VON 1812

Der Versuch Napoleons, die Herrschaft über die spanische Halbinsel zu erlangen, führte zu den hauptsächlich politischen Umständen, die die Möglichkeit boten, diese Funktionsstörungen zu beheben, mit dieser ererbten Fortschrittsfeindlichkeit zu brechen, besonders auf dem Gebiet der Justizverwaltung. Im allgemeinen Kontext des Kampfes gegen den Eindringling, als Antwort auf jegliche bonapartistische Initiative auf der Halbinsel, erscheint die Verfassung von 1812, als Antithese zum Statut von Bayonne von 1808. Der neue politisch-juristische Rahmen, nach dem sich die spanische Gesellschaft richten sollte, nachdem sie von ihren Invasoren befreit worden war, brachte eine tiefgehende institutionelle und gesetzgebende Erneuerung mit weitreichenden Folgen mit sich.

Zwei der Gebiete, die umfassende Veränderungen über sich ergehen lassen mussten, waren die Justizorganisation und die Gebietsorganisation. Für die neuen politischen Geschäftsführer war ein Schlüsselpunkt, daß sowohl der Nutzen einer guten Justiz als auch der einer leistungsfähigen Regierung den Bürgern direkt zu Gute kam. Und sowohl im einen als auch im anderen Fall waren die Bürgermeister das grundlegende Bestandteil die-

<sup>11</sup> GARRIGA, C., *La Audiencia y Chancillerías castellanas (1371-1525)*. Historia política, régimen jurídico y práctica institucional, Madrid, 1994.

<sup>12</sup> DE DIOS, S., *El Consejo de Castilla, 1385-1522*, Madrid, 1982.

<sup>13</sup> GARRIGA, C., "Justicia animada: dispositivos de la justicia en la monarquía católica" in *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, 2007, S. 59-104.

<sup>14</sup> SÁINZ GUERRA, *La Administración...*, a. a. O., S. 28: "Die ordentlichen Bürgermeister, ebenso wie die restlichen Organe der absolutistischen Justizverwaltung, besaßen innerhalb der Grenzen ihrer Gerichtsbarkeit, Gesetzesbefugnis nebenn ihren Regierungsaufgaben und wirtschaftlichen Zuständigkeiten".

<sup>15</sup> Für eine tiefergehende Untersuchung dieser Frage kann der Abschnitt *Orientación bibliográfica* sehr nützlich sein, der ein Teil ist von MOYA MORALES, J.; QUESADA DORADOR, E.; TORRES IBÁÑEZ, D. (Hrsg.), *Real Chancillería de Granada. V Centenario 1505-2005*, Granada, 2006, S. 259-264.

<sup>16</sup> SÁINZ GUERRA, *La Administración...*, a. a. O., S. 32.

<sup>17</sup> ALEJANDRE, "La crítica de los ilustrados...", a. a. O., S. 431.

ser Veränderung. Eine Gestalt mit einer langen Tradition, denn sie hatte ihre Wurzeln im tiefsten Mittelalter und die, interessanterweise, von Regierungs- und Justizfunktionen Besitz ergreifen sollte, oder besser gesagt, behalten sollte, in einem erneuerten politischen Kontext, in dem ansonsten die Gewaltentrennung ein Zeichen seiner Identität sein sollte.

Die Neustrukturierung des Staatsgebietes und der Justizverwaltung sollte einem einfachen theoretischen Schema entsprechen: einer Pyramide auf drei Etagen: örtlich, überörtlich und national. Auf Regierungsebene wurde auf der ersten Stufe die Gemeinde unter der Leitung ihres Bürgermeisters eingeführt; die Provinz mit ihrer Provinzregierung auf einer zweiten und der Staat mit seiner Zentralverwaltung an der Spitze, der die allgemeinen Richtlinien vorgab. Auf Justizebene wurden auf der untersten Ebene die Gerichtsbezirke mit den entsprechenden Richtern gebildet, eine geringe Anzahl von Audencias über ihnen, die ein breiteres Spektrum abdeckten und das Oberste Gericht auf höchster Ebene, das sämtliche Handlungen der Unterinstanzen überwachte<sup>18</sup>.

Die erst seit kurzem als Bürger angesehenen früheren Untertanen sollten die Machtausübung als zugänglich fühlen. Daher garantierte ihnen der Verfassungstext von 1812 die Teilnahme an der Durchführung der allgemeinen Regierungsangelegenheiten durch die Wahl von Parlamentsabgeordneten, die die gesamte Nation vertreten sollten, wogegen die Wahl der Bürgermeister ihnen die Teilnahme an den naheliegendsten Regierungsgeschäften, derer ihres ständigen Wohnsitzes, ermöglichte. Die Schwierigkeiten begannen einerseits bei der institutionellen Ausarbeitung dieser Gestalt und andererseits bei dem Entwurf des Justizmodells. Wie konnte man den Übergang von einer Institution mit klarem Justizprofil zu einer anderen, aus der dieses verbannt werden musste und dafür das Regierungs- oder politische Profil vorherrschte, vonstatten gehen lassen? Weiterhin, wie sollte die Bürgerbeteiligung an der Justiz gegliedert werden, wenn gleichzeitig für eine Reihe von Prinzipien gebürgt wurde, die man als unerlässlich für ihr gutes Funktionieren erachtet wurden, wie die Auswahl der geeigneten Personen, die Recht sprechen sollten, ihre Rechtschaffenheit und Ausbildung, ihre Unabhängigkeit, Verantwortungsbereitschaft, etc.? Oder aus einer anderen Perspektive gesehen, welches war die beste Art und Weise, mit dem Klotz der absolutistischen Justiz zu brechen, mit dieser unheilvollen Erbschaft, die behaftet war mit Inkompetenz und Korruption, um ein Justizwesen aufzubauen, daß sich deutlich an den Bürgern orientierte?

Die offensichtlichste Option war diejenige, ein System zu entwerfen, in dem die Richter gewählt werden. Die Justiz wurde von ihresgleichen verwaltet. Ein offensichtlicher Nachteil dieses Wegs war, daß die Justiz dem politischen Auf-und-Ab unterworfen war, anstatt ständig aufgrund ihrer guten täglichen Arbeit an Ansehen zu gewinnen, konnte sie einen bemerkenswerten Ansehensverlust erleiden, durch die Unterwerfung ihrer Verwalter unter

eine bestimmte herrschenden Ideologie oder ihre Vertreter, die logischerweise nach Abhaltung von Wahlen abgesetzt werden konnten und sich dadurch ihr Profil radikal änderte. Eine weitere, nicht weniger ernste Störung des guten Funktionierens, konnte die fehlende Ausbildung der zukünftigen Justizverwalter bilden. In einem Modell des Zusammenlebens, in dem das Gesetz als von der Legislative ausgearbeitetes Verhaltensmuster zum Kompass werden musste, der anzeigte, in welche Richtung man sich wenden sollte, konnte die Möglichkeit nicht zugelassen werden, daß dieses nicht in das Alltagsleben übernommen würde, weil diejenigen, die in letzter Instanz seine Anwendung in den konkreten Fällen garantierten, nicht in der Lage waren, es zu kennen. In diesem Modell kam nicht jeder in Frage, Richter zu sein. Gewählt zu werden war keine ausreichende Garantie, wirksam zu handeln. Die vorhersehbare Parteilichkeit, das Spiel der Leidenschaften, der unwiderstehliche Drang, politische Positionen zu beziehen, die Verantwortungslosigkeit und eine lange Liste von Gründen ließen es ratsam erscheinen, die Justizverwalter mit äußerster Sorgfalt auszuwählen. Angesichts der unvermeidlichen Verpflichtung auf Professionalität war es nötig, ein Modell zu entwerfen, das sich notwendigerweise von der direkten Mitwirkung der Bürger entfernte<sup>19</sup>.

Von daher wurde der Staatsrat, ein qualifiziertes Beratungsorgan des Monarchen, zum Schlüssel für die Aufgabe, die Justiz den Fachleuten zu übergeben<sup>20</sup>. Auch wenn der König verfassungsmäßig damit betraut war, die Rich-

<sup>19</sup> AGÚNDEZ, A., *Historia del poder judicial en España*, Madrid, 1974, S. 105: "Mit der im Volk verwurzelten Gewaltenteilung mussten die Justizämter vom Volk selbst besetzt werden; da jedoch Fachkenntnisse vonnöten sind, versucht man, zu einem Geschworenensystem zu gelangen: praktische Fragen, die von Volksvertretern festgelegt wurden; und Rechtsfragen, die von erfahrenen Richtern, Rechtsanwälten behandelt werden, der dann zum Berufsrichter wird: die Vorrede argumentiert: daß folglich zwei große Stolpersteine die Justizverwaltung gefährden: der der Kollegialgerichte und die Ernennung seiner Richter zu ständigen Richtern, und der der Befugnis eben jener, selbst die Tatsachen einzustufen, über die sie zu richten haben. Auch wenn der Redaktionsausschuß der Verfassung keinen Zweifel daran hegt, daß eines schönen Tages einmal unter uns die gesunde und liberale Einrichtung eingeführt werden wird, daß die Spanier ihre Streitigkeiten durch Richter beendern lassen können, die sie selbst unter gleichen gewählt haben, und bei denen sie nicht befürchten müssen, daß diese ihr Amt auf Lebenszeit innehaben, daß der Kollegialgerichtsgeist sich durchsetzt noch, kurz gesagt, daß die Regierung sie ernannt, deren Einfluß aufgrund der machtvollen Autorität, mit der sie diese ausstattet, nur dazu beiträgt, daß ihnen kein Vertrauen entgegengebracht wird, so erkennt dieser Ausschuß jedoch auch die Unmöglichkeit an, jetzt schon die Methode ins Auge zu fassen, die als Geschworenensystem bekannt ist. Jedoch bestand die Schwierigkeit nicht nur hierin, sondern auch durch die unterschiedlichen Arten von Angelegenheiten, die Gegenstand eines Rechtsstreites waren, die unmöglich von den Nachbarn, die doch Laien auf dem Gebiet des Rechts waren, dem Gesetz nach beurteilt werden konnten, die dazu noch mit ihrem eigenen Beruf und Aufgaben beschäftigt waren, künftigen Interessen verpflichtet waren und der Lösung von Rechtsstreiten nicht genügend Aufmerksamkeit widmen konnten. Die Vorrede sieht es ganz richtig, indem sie die Einführung von Bezirksrichtern, die dem Anwaltsstand angehören, rechtfertigt, die im Vergleich zu den Bürgermeistern eine bessere Ausbildung genossen haben und besser vorbereitet sind als diese, die die Bewohner jährlich unter den ihrigen auswählen."

<sup>20</sup> Dieses Schlüsselorgan bei der Erneuerung der Justiz scheiterte in der Praxis, aus Gründen, die hauptsächlich politischer Natur waren. Siehe SÁINZ GUERRA, *La Administración...*, a. a. O., S. 251-255.

<sup>18</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, F., "La constitucionalización de la justicia (1810-1823)" in *De justicia de jueces...*, a. a. O., S. 169-207.



ter zu ernennen, so war es doch in Wirklichkeit dieser Staatsrat, der die Verantwortung dafür trug, das Auswahlverfahren der Kandidaten für die Richterämter vorzubereiten<sup>21</sup>.

Trotz der Tendenz zu einer "Gesetzesanwendungsjustiz"<sup>22</sup> in Händen von Fachleuten, gab es jedoch noch einige Lücken, wo dieser Wunsch, die Justiz nicht ganz vom Normalbürger abzukoppeln, Wirklichkeit werden konnte, ohne allzu großen Argwohn zu erregen. Diese Schlupflöcher konnten die Rechtsmittel des Schiedsgerichts, des Vergleichs<sup>23</sup> oder des Geschworenengerichts<sup>24</sup> sein. Und es ist genau dieser Schlichtungsweg, in den das Verfassungsschema von 1812 die Bürgermeister<sup>25</sup> in die Erteilung des Rechts in gewisser Weise einbindet.

In ihrem Art. 275 sah die Verfassung von 1812 (die "Pepa") vor, daß in allen Ortschaften Bürgermeister eingesetzt werden sollten, deren Befugnisse "sowohl hinsichtlich von Streitigkeiten wie auch wirtschaftlich" per Gesetz festgelegt werden sollten. Zweifellos war der Gesellschaft des 19. Jahrhunderts eine örtliche Autorität mit Justizbefugnissen nicht fremd; ganz im Gegenteil. Seit dem Mittelalter war dies schon so gehandhabt worden<sup>26</sup>. Im Ancien Régime, um mit Santamaría Pastor<sup>27</sup> zu sprechen, "war der Bürgermeister hauptsächlich, und vor allem, Richter"<sup>28</sup>. Die größte Schwierigkeit ergab sich aus

den Programmklärungen der Konstitutionalisten selbst. Wie konnte man diese Kontingenz mit dem unverzichtbaren Prinzip der Gewaltenteilung in Einklang bringen? Dies war der gordische Knoten, der den Aufbau des gesamten Justizwesens bedingte.

Und er wurde zerschlagen, wenn auch mit einer gewissen Künstlichkeit<sup>29</sup>, indem die örtliche Justiz als "gewissermaßen am Rande der Justizverwaltung stehend"<sup>30</sup> angesehen wurde. Trotz seines abweichenden Profils, daß die Bürgermeister vor allem Teil der Exekutive waren, daß es sich bei ihnen um qualifizierte Regierungsvertreter handelte<sup>31</sup>, übergab man ihnen Gerichtskompetenzen und man fügt sie, vielleicht mit dem Schuhlöffel, in das brandneue Justizwesen ein. Und schon beginnt der Konflikt. Während die Richter, Verkörperung der Dritten Gewalt, nach einem mehr oder weniger strengen Auswahlverfahren vom König ernannt werden mußten, wurden die Bürgermeister von den Bürgern gewählt, ohne daß sie irgendeine Qualifikation nachweisen mußten. Dazu waren sie noch von Zeit zu Zeit erneuerbar und vor allem unterstanden sie der Kontrolle durch die Exekutive<sup>32</sup>.

Auch wenn die Verfassung von 1812, versunken in einer gewissen Unbestimmtheit, ihrer Beteiligung an juristischen Aufgaben nicht die Tür geschlossen hatte, so waren es die nachfolgenden, noch zu entwickelnden gesetzlichen Regelungen, konkret die Erlasse CCI vom 9. Oktober 1812, Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia (Regelung für die Audiencias und erstinstanzlichen Gerichte) und CCLXIX vom 23. Juni 1813 Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias (Anweisungen für die wirtschaftspolitische Regierung der Provinzen), zusammen mit der Instrucción vom 3. Februar 1823, die die Tür weit aufstossen, damit sie sich endgültig hineinschmuggeln können, vielleicht mit mehr Schaden denn Gewinn<sup>33</sup> und erst

<sup>21</sup> Siehe hierzu GÓMEZ RIVERO, R., *Los jueces del Trienio Liberal*, Madrid, 2006.

<sup>22</sup> CLAVERO, B., "La gran innovación: Justicia de Estado y Derecho de Constitución" in SCHOLZ, J.M., *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, 1992, S. 171.

<sup>23</sup> MONTERO AROCA, J., "Bosquejo histórico de la conciliación hasta la Ley de enjuiciamiento civil de 1855" in *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 4 (1971), S. 857-907.

<sup>24</sup> Zum schwankenden Dasein der Einrichtung des Geschworenengerichts, s. besonders ALEJANDRE GARCÍA, J.A., *La justicia popular en España. Análisis de una experiencia histórica: los Tribunales de Jurados*, Madrid, 1981; "Los Tribunales populares en España" in *Historia* 16, n° 101, Sept. 1984, S. 7-14; "Introducción histórica al Jurado español" in *Jornadas conmemorativas del Centenario de la Ley del Jurado*, Madrid 1988, S. 3-18; "El restablecimiento de un sistema histórico de Administración de Justicia: el juicio por jurados" in *La aplicación del Derecho a lo largo de la Historia. I Jornadas de Historia del Derecho. Universidad de Jaén*, Jaén, 1996, S. 13-29.

<sup>25</sup> Título VI: "Del gobierno interior de las provincias y de los pueblos.

<sup>26</sup> Según AGÜNDEZ, *Historia del poder...*, a. a. O., S. 112, herrschte die allgemeine Überzeugung, daß es möglich war, die juristische Tradition, die in der Novísima Recopilación von 1805 enthalten war, mit nur zwei Reformen beizubehalten: "erstens, die Zuständigkeiten der Richter auf die Justizsphäre selbst zur konzentrieren und die Regierungsbefugnisse auszuschließen, mit der logischen Konsequenz, daß es im Gegenzug den Regierungsautoritäten verboten wird, sich in Justizangelegenheiten einzumischen ... und zweitens verlangte die Ausschließlichkeit der Funktionen die Ausschließlichkeit der Amtsträger als Richter, wodurch die rechtsprechenden Lehnsherren abgeschafft und die Gerichtsbarkeiten vereinigt werden".

<sup>27</sup> Estudio Preliminar der Ausgabe des Instituto de Estudios de Administración Local von VIZCAÍNO PEREZ, V.; MIGUEL SÁNCHEZ, F., *Guía de alcaldes de los pueblos de España*. Dirección de Alcaldes constitucionales, Madrid, 1979, S. 15.

<sup>28</sup> MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, 1999, S. 430: "Die Erneuerung, die der erste Konstitutionalismus verkündet, bestand nicht aus der Erteilung von Justizbefugnissen an ein Verwaltungsorgan, sondern aus der Schaffung einer Verwaltungsfunktion aufgrund einer, in erster Linie, Gerichtsautorität

und, in zweiter Linie, politischen Regierungsautorität. Das Sonderbare war nicht, dem Bürgermeister Richterfunktionen zu erteilen, sondern zu beabsichtigen, er solle sich nur den so neuen Kompetenzen widmen, die mit der Polizei, der Regierung und der Verwaltung der Ortschaften in Zusammenhang stehen.

<sup>29</sup> Tatsächlich wurde der Artikel diskussionslos angenommen, außer "gewissen Überlegungen zum Wort strittig" erinnert MONTERO AROCA, J., "La justicia municipal" in *Revista de Derecho Judicial*, XIII, n° 51-52 (1972), S. 87.

<sup>30</sup> SÁINZ GUERRA, *La Administración...*, a. a. O., S. 252. Dieser Autor sagt, es habe sich um "ein der in jenen Momenten entstandenen Gerichtsverfassung widersprechendes Element" gehandelt. Gleichermassen ÁLVAREZ CORA, E., *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Madrid, 2002, S. 133: "... Da dieses Abkommen (zwischen den Parteien) überwog, erklärt, weshalb es, gemäß Verfassungsart. 282, der Dorfbürgermeister war - d.h., eine Gestalt, die Regierungsbefugnisse hatte - welcher das Amt des Schiedsmannes ausübte, aufgrund seiner Nähe zu den sich streitenden Parteien: auf eine etwas gekünstelte Art und Weise glaubte man nicht, daß dies mit dem Gewaltenteilungsprinzip in Widerspruch geraten könnte, da die Gerichtsbefugnisse noch nicht als rechtmäßig angesehen wurden, um hier ins Spiel zu kommen.

<sup>31</sup> Art. 309: "Zur inneren Regierung der Dörfer wird es Bürgermeisterämter geben, die mit Bürgermeistern besetzt werden ..."

<sup>32</sup> CONDE Y LUQUE, R., *Estado de la administración de justicia y reformas que se juzgan convenientes*, Madrid, 1892, S. 29: "Die Wirkung der Gesetze besteht nicht so sehr aus den Vorgehensregeln, sondern aus den Eigenschaften, die mit seiner Anwendung betraut sind".

<sup>33</sup> Siehe hierzu MORALES PAYÁN, M.A., "Los alcaldes al servicio de

praktisch ein halbes Jahrhundert später wieder ausgeschlossen werden können.

## V. ORIENTIERUNGSRICHTLINIEN FÜR BÜRGERMEISTER

So sehen wir uns also zu Beginn des 19. Jahrhunderts und durch Bestimmung der Verfassung von 1812 einer unbestreitbar traditionsreichen Institution, den Bürgermeistern, gegenüber, die sich notwendigerweise an die neuen politischen und juristischen Ansprüche anpassen muß. Sie behalten einige wenige, jedoch wichtige Gesetzesbefugnisse bei, besonders auf strafrechtlichem Gebiet. Traditionelle Veröffentlichungen, die ihnen bei der Ausübung ihrer Funktionen hilfreich zur Seite stehen könnten, wie z.B. diejenigen von Castillo de Bobadilla<sup>34</sup>, Santayana Bustillo<sup>35</sup>, Guardiola y Sáez<sup>36</sup>, Silvestre Martínez<sup>37</sup> y Vizcaino Pérez<sup>38</sup> sind veraltet. Die letzte dieser Aufzählung wird von Santamaría Pastor<sup>39</sup> als "der letzte Atemzug der öffentlich-rechtlichen Literatur des Ancien Régime"<sup>40</sup>

la justicia decimonónica: una propuesta discutida" in CZEGLIHN, I.; SÁNCHEZ ARANDA, A. (Hg.), Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts. Zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert, Regensburg, 2011, S. 43-59.

<sup>34</sup> Política para Corregidores y Señores de vasallos, en tiempos de paz, y de guerra, y para Ivezes Eclesiásticos, y Seglares, y de Sacas, Aduanas, y de Residencias, y sus Oficiales, y para Regidores, y Abogados y del valor de los Corregimientos, y Gobiernos Reales, y de las Órdenes. Autor el Licenciado... del Consejo del Rey Don Felipe Tercero nuestro Señor, y su fiscal en la Chancillería de Valladolid, Madrid, 1649 (1. Aufl. Madrid, 1597). Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, Autor des Estudio preliminar der Faksimilproduktion facsimil der Auflage Antwerpen 1704, veröffentlicht vom Instituto de Administración Local, Madrid, 1978, erinnert auf S. 21, daß: "ihr Ziel ist hingegen deutlich didaktisch ... Daher wurde die Política auf spanisch geschrieben und nicht auf Latein, wie es immer noch tiefverwurzelte Gewohnheit bei den Juristen war ...".

<sup>35</sup> Gobierno político de los pueblos de España, y el Corregidor, Alcalde y Juez en ellos, Saragossa, 1742.

<sup>36</sup> El corregidor perfecto y juez dotado de la calidades necesarias y convenientes para la recta administración de justicia y buen gobierno político y económico de los pueblos, Madrid, 1785. Francisco TOMÁS Y VALIENTE ist der Verantwortliche für die Estudio preliminar, die in der Ausgaben des Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1979, aufgenommen wurde und der auf S. XXIII unterstreicht, daß: "... Zu Zeiten Philipps V oder seiner Nachfolger auch der Menschentyp des gelehrten Juristen existierte, als dessen höchster Inbegriff man Gregorio Mayans y Siscar bezeichnen könnte. Santayana gehörte jedoch nicht zu dieser Gattung, sondern zu derjenigen der praktischen Juristen. Weder ist er ein Weiser, noch strebt er danach, sondern er ist ein guter Beamter, der sein Metier kennt, da er es lebt und ausübt ...".

<sup>37</sup> Librería de jueces, utilísima y universal para abogados, alcaldes mayores y ordinarios, corregidores e intendentes, jueces de residencia y de visita, escribanos de toda España, receptores de Castilla y Aragón, regidores, junta de propios, contribución y pósitos, personeros, diputados del común y demás individuos de tribunales ordinarios, añadida e ilustrada con más de dos mil leyes reales que autorizan su doctrina, Madrid, 1791.

<sup>38</sup> Tratado de la jurisdicción ordinaria, para dirección, y guía de los alcaldes de los pueblos de España. Trata de sus elecciones, su gobierno, y de los exentos de su Fuero, conforme a las Leyes, Pragmáticas, y Ordenanzas Militares, publicadas hasta este año. Le escribió..., Madrid, 1781.

<sup>39</sup> Estudio preliminar... a. a. O., S. 13. Er bezieht sich auf die Auflage von 1802.

<sup>40</sup> Dem man noch hinzufügen muß: "el monumental tratado de Dou y Bassols". Sein Urteil ist äußerst negativ. So steht auf S. 14: "Dies ist ein typisches Beispiel der schlimmsten öffentlichrechtlichen Literatur des absolutistischen Regimes: es handelt sich um ein verworrenes Buch, dessen durchgehende Lektüre ein mühevolleres Unterfangen ist, und es ist definitiv das perfekte Beispiel des

beurteilt. Ihr Profil entspricht treu den auf den vorhergehenden Seiten aufgezählten Noten. In diesem Sinne, bezeichnet Santamaría Pastor, in der Vorstudie, die er ihr widmet, ihren wissenschaftlichen Inhalt als "mit Sicherheit gewöhnlich" und dies nicht so sehr aufgrund einer "vermeintliche intellektuellen Beschränktheit" ihres Autors, sondern wegen ihre "Absichten und Tendenzen selbst", denn sie erscheint nicht mit der Absicht, sich an "Universitätskunden oder an die aufgeklärten Stände der Gesellschaft des 19. Jahrhunderts" zu richten. Ganz im Gegenteil, sie "verfolgt ein streng pragmatisches Ziel". In einem historischen Augenblick, in dem die überwältigende Mehrheit der Bevölkerung des Lesens und Schreibens nicht kundig war, war es sinnvoll, diejenigen, die für die Ausübung des höchsten örtlichen Richteramtes verantwortlich waren mittels Anweisungen zu lenken, auch wenn diese gewöhnlich waren<sup>41</sup>.

Die Rückkehr Ferdinands VII aus Frankreich im Jahre 1814 machte die Möglichkeit zunichte, die Verfassungsbestimmungen weiter auszuarbeiten. Nur einige wenige waren schon in die Praxis umgesetzt worden, wie die Gerichtsverfassung. Jedoch werden alle mit dem Erlass vom 4. Mai 1814 zum Stillstand gebracht. Sechs Jahre später, während des sogenannten Liberalen Trienniums, hat man, einerseits die Möglichkeit, die Projekte, die vor der Rückkehr des Königs aus seiner Gefangenschaft begonnen worden waren, wieder aufnehmen und andererseits, neue zu beginnen<sup>42</sup>. Die Anpassung der Gestalt des Bürgermeisters an das Verfassungsmuster bringt das Erscheinen von Veröffentlichungen mit sich, wie diejenige von Francisco de Paula Miguel Sánchez, Dirección teórica práctica de Alcaldes Constitucionales, die 1821 in Granada erscheint, in denen versucht wird, die Lücke zu füllen, die die oben zitierten ja nicht mehr abdecken

organisatorischen und funktionellen Chaos des Systems (?) der öffentlichen Zuständigkeiten des Ancien Régimes. In diesem Buch findet man nicht den geringsten Ansatz der Rationalisierung, der Konzeptualisierung, es handelt sich nur um eine einfache Anhäufung von Anordnungen, Gesetzen, Richtlinien, Ratschlägen und Befehlen, ohne weitere Strukturierung als die der Grundaufteilung nach Gebieten. Kurz gesagt, es ist eine gnadenlose und nüchterne Röntgenaufnahme der örtlichen Behörden des Ancien Régimes, eine Normenmischung, die für ein noch nicht einmal in kartesischen, sondern einfach nur in scholastischen Prinzipien geschultes Gehirn unbegreiflich ist. ...".

<sup>41</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Estudio preliminar..., a. a. O., S. 10: "... Sowohl das Buch von Vizcaino wie auch das von Miguel Sánchez sind vor allem wahrhaftige Bibeln oder orientative Mementos, richtige Leselernfibeln elementarster Art zum Gebrauch und für die ersten "Schreibversuche" der nicht sehr gebildeten Bürgermeister; zum Gebrauch für die Bürgermeister, die, in einem Land, in dem damals der Anteil der Analphabeten bei über neunzig Prozent lag, nicht fähig gewesen wären, den Castillo de Bobadilla oder den Santayana zu lesen; mehr noch, die sich der Existenz dieser großartigen Abhandlungen nicht einmal bewußt gewesen wären".

<sup>42</sup> Einerseits darf man nicht vergessen, daß per königlichem Erlass vom 7. März 1820 diejenigen Erlasse, die zwischen 1810 und 1814 verabschiedet worden waren (Regelungen wie die Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia vom 9. Oktober 1812, die Instrucción para dirimir las competencias de jurisdicción en toda la Monarquía vpm 19. April 1813 oder die Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia vom 13. März 1814), wieder gültig werden, während andererseits Bestimmungen wie das Gesetz vom 6. Juni 1821 über Schlichtungsverfahren, das Strafgesetzbuch vom 9. Juli 1822 oder die Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias vom 3. Februar 1823 hervorzuheben sind.

konnten<sup>43</sup>. Im Vorwort gibt der Autor zu, daß es viele Mitbürger gibt, die sich davor fürchten, Bürgermeister zu werden. Und dieses Mißtrauen entsteht dadurch, daß sie "ihre Aufgaben nicht kennen und auch nicht wissen, wo sie diese erlernen können". Diese Situation, so fährt er fort, zwingt sie dazu, das Amt "blindlings" zu übernehmen, wobei es nicht selten vorkam, daß sie sich in die Hände von Schreibern begeben, die rücksichtslos handeln können. Angesichts dieses Panoramas beschließt er, sein Werk zu veröffentlichen, sich wohl seiner Beschränkungen bewußt<sup>44</sup>, jedoch darum bemüht, daß in ihm drei Umstände zusammentreffen: "Nützlichkeit, Klarheit und Notwendigkeit". Der erste hat das Ziel, "sich an die Grenzen anpassen, die von den Gesetzen vorgeschrieben werden". Der zweite sucht Erklärungen, "die weniger umständlich und so leichter zu erkennen sind". Und schließlich, der dritte "weil jeder Bürger die Pflicht hat, die Gesetze seines Herrn zu kennen ... es ist unmöglich, daß bei Unkenntnis dessen, was für eine gute Regierung einer Nation und eines Volks vorgesehen ist, derjenige, der es leitet, richtig befehlen kann, noch können die Einwohner gehorchen: beide setzen sich der Gefahr aus, sich zu irren und unfreiwillig ein Verbrechen zu begehen"<sup>45</sup>.

Mehrere Fragen stellen sich hier. Die erste bezieht sich auf die Ratschläge, die er den Lesern, die keine gelehrten Richter sind, gibt. Er empfiehlt ihnen, sie "zwei-, drei- oder mehrmals hintereinander und mit Überlegung durchzulesen, ohne auf die in Klammern zitierten Paragraphen zu achten, die er anschliessend zur besseren Kenntnis und Studium herauschreiben könne, nachdem dieser erste Schritt abgeschlossen sei (...)". Er ermuntert sie ebenfalls, sich zusammenzufinden, sich über die gelesenen Themen zu unterhalten und "einander zu belehren". Er appelliert sogar an die örtlichen Anwälte und Schreiber, an diesen Versammlungen teilzunehmen und eine herausragende Rolle zu übernehmen, da sie ja diejenigen sind, die aufgrund ihrer Kenntnisse zu diesem Zweck am besten geeignet sind. Die fehlende Ausbildung derjenigen, die aufgerufen sind, im neuen Organigramm die örtlichen Geschicke zu leiten, ist offensichtlich<sup>46</sup>.

An zweiter Stelle möchten wir unterstreichen, daß theoretisch die Handlungen der Bürgermeister auf dem Gebiet des Rechts schon merklich beschnitten worden waren und das Werk hatte, laut seinem Titelblatt, ein sehr ehrgeiziges Ziel, nämlich das, die zukünftigen Bürgermeister für alle ihre Aufgaben zu erleuchten, so daß der vorläufige Titel schon recht gut den Rest des Inhalts beschreibt, denn er widmet sich der Aufgabe, den Laien eine Reihe von Vokablen nahezubringen, die in den allermeisten Fällen über ein Profil verfügen, das klar mit der Welt der Gerichte verbunden ist, wie Gerichtsverfahren, Rechtsstreit, Rechtssache, Klage, Streit, Rechtsstreitigkeit, endgültige Entscheidung, Urteil, Verfügung, Sonderrechte, Übergriff, Gerichtsbarkeit, Hauptverhandlung, schriftliches Urteil oder zuständiges Gericht, um nur einige zu nennen. Auf diesem Weg der Erleuchtung widmet sich der Artikel 1 (Über die verschiedenen Arten von Bürgermeistern unter der vorherigen Regierung) des Kapitel I (über die verschiedenen Arten von Bürgermeistern, ihre Ethymologie und Ursprung, Gerichtsbarkeit, Arten, dieses Amt zu erhalten und zu verlieren. Wer kann es erhalten und wem ist es verwehrt) der klaren Abgrenzung zu den Bürgermeistern des vorherigen Modells hinsichtlich der neuen Erfordernissen, die die Verfassung an sie stellte, im 2. Artikel (Über die Bürger-

---

ein Rechtsmittel einlegen, damit er davon befreit würde, dieses Amt auszuüben. Da zu einer Befreiung von dieser Gemeinderatslast gerechte Gründe nötig sind, fragte ich ihn, welche Gründe er habe, um diesen Antrag zu begründen? Worauf er antwortete, diejenigen, die ihn zu diesem Antrag veranlasst hätten, seien: Erstens, er könne diese Aufgabe nicht erfüllen, da er nicht wusste, welche Pflichten ein Ordentlicher Bürgermeister zu erfüllen habe, denn, obwohl er sich bemüht habe, diese herauszufinden, indem er die Bücher der Recopilación de Castilla, der Gesetzessammlung von Kastilien, gelesen habe, sei es ihm nicht möglich gewesen, daraus eine bestimmte Anweisung zu erhalten für alle Fälle, denen sich ein Ortsbürgermeister gegenübersehen kann: es sei eine Gewissensfrage, ein Amt zu übernehmen, von dem er nicht wisse, wie er es ausüben solle (...). In seiner Cartilla Real novísima teórico-práctica reformada, ordenada bajo un nuevo método y adicionada considerablemente con arreglo a las Leyes de Partidas y la Novísima Recopilación, Ordenes y Decretos vigentes en España hasta el presente año de 1830, o sea, Manual de Escribanos principiantes, procuradores y curiales, 2., korrigierte Auflage, Madrid, 1830, S. X, wagt er es, die Bürgermeister als ungeschliffen und einfach zu bezeichnen: "(...) um daß dieses Werk auf irgendeine Weise den Schreibern, Ortssekretären oder anderen Autoritätspersonen in den Dörfern helfen möge, die sich mit den Bürgermeistern auseinandersetzen müssen, und noch mehr so, da sie gewöhnlich, und folglich ungeschliffen und einfach sind (...). Ebenfalls wird im Prolog des Prontuario de Diputaciones provinciales y ayuntamientos constitucionales, o compilación de leyes, órdenes y circulares vigentes relativas a estas corporaciones, Madrid, 1841, auf der Möglichkeit bestanden, daß ein jeder, ohne vorherige Erfordernis einer kulturellen Bildung, Bürgermeister werden kann: "(...) Es wurden so viele Bestimmungen erlassen über die wirtschaftliche und politische Regierung der Provinzen und Ortschaften (...) daß es nicht nur unmöglich ist, sie im Gedächtnis zu behalten, sondern sich auch nur annähernd an ihren Inhalt und den Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung zu erinnern. Und doch ist es für diejenigen, die durch die Stimmen ihrer Mitbürger gewählt wurden, die ehrenvollen und wichtigen öffentlichen Ämter auszuüben, absolut unabdingbar, sie perfekt zu kennen. Diese pflegen oftmals, da das Gesetz es allen Bürger, unabhängig von ihrem Beruf, erlaubt, gewählt zu werden, nicht über die Kenntnisse zu verfügen, die für die Ausübung des Amtes notwendig sind, wodurch sie schamvollerweise von den Sekretären abhängig werden, die möglicherweise nicht redlich sind oder die notwendige Bildung haben, um richtig zu beraten und zu leiten und so grossen Ärger und Schaden verursachen (...)."

<sup>43</sup> In Worten von SANTAMARÍA PASTOR, Estudio preliminar..., a. a. O., S. 13, handelt es sich um "das erste Werk zum örtlichen Verwaltungsrecht in Spanien unter dem Verfassungsregime".

<sup>44</sup> Dirección de alcaldes..., a. a. O., S. 238: "... Daher liefert sich der Autor der Kritik aus, vor der kein Autor gefeit ist; aber er bittet darum, sie möge nachsichtig sein mit einigen zu verbessernden Defekten und sie möge mich auf sie hinweisen. ...".

<sup>45</sup> Ibid., S. 237.

<sup>46</sup> Diese fehlende Ausbildung und die Schwierigkeit, sie zu erhalten, sind immer wieder auftauchende Argumente, sowohl im Ancien Régime als auch im neuen Verfassungssystem. Der Beweis ist so überwältigend, dass er den Erfolg dieser Art von juristischer Literatur rechtfertigt. In diesem Sinne, gibt Santiago ALVARADO Y DE LA PEÑA auf den Seiten XIV-XV der Advertencias preliminares der Instrucción o prontuario de las facultades y obligaciones de los alcaldes ordinarios y pedáneos de España con arreglo a las leyes y órdenes comunicadas hasta el año de 1827, Madrid, 1828 (eine Aktualisierung der 4. Ausgabe des Tratado de la jurisdicción ordinaria para la dirección y guía de de los alcaldes de los pueblos de España de Vicente VIZCAÍNO PÉREZ) zu: "... So geschah es einem meiner Freunde, der in seinem Heimatort zum Ordentlichen Bürgermeister ernannt wurde. Da dieser wünschte, hiervon befreit zu werden, kam er zu mir, mit dem Antrag, ich möge vor dem Rat



meister der neuen Verfassung und den Unterschied zu den erstinstanzlichen Richtern), wird die Notwendigkeit dargelegt, sie von den erstinstanzlichen Richtern zu distanzieren, indem von der Prämisse ausgegangen wurde, daß "obwohl sie über keine solch weitgehende ordentliche Gerichtsbarkeit verfügen wie die ehemaligen ordentlichen Bürgermeister, sind sie jedoch auch ordentliche Richter und keine Dorfrichter, noch sind sie von den erstinstanzlichen abhängig"<sup>47</sup>. Die neue Position des Bürgermeisters innerhalb der Institutionen ist sehr vielschichtig. Vom übrigen Inhalt des Werkes bleibt uns nur noch, die Aufnahme einer Anzahl von Formularen zu unterstreichen, die in der täglichen Praxis sehr nützlich sind, wie diejenigen, die sich auf Strafsachen beziehen (den Beschluß von Amts wegen, die Untersuchung der Leiche oder der Wunden des Verletzten, die Aussage des Chirurgen, der Sachverständigen oder der Zeugen, die Eigentumspfändung, das Gefängnis...), für Schlichtungsverfahren, für die sogenannten "dringenden Fälle" (Einbehaltung und Hinterlegung von Gegenständen, Verbot von Neubauten), für die Erweiterung der Vormundschaft oder der Pflugschaft oder die Erstellung von Inventarlisten.

Das politische Hin und Her führt dazu, daß die Figur des von der Verfassung vorgesehenen Bürgermeisters im Jahre 1823 verschwindet und er wieder sein altes Profil aus dem achtzehnten Jahrhundert annimmt, was dann mit sich bringt, daß neue Veröffentlichungen erscheinen, die den Auftrag dieser Institution in ihren wiedererlangten Rahmen des gesetzlichen Regelwerks aus der Vorverfassungszeit einpassen. Ganz besonders, da einige Reformen eingeführt worden waren, wie diejenige, die die Königliche Verfügung vom 17. Oktober 1824 über die Abhaltung von Wahlen in Angriff nimmt (ohne diejenigen der Verordnungen vom 27. Oktober 1800 und 21. Januar 1819, der Königlichen Erlasse vom 8. Februar und vom 30. März 1827 über mit dem Austausch im Heer zusammenhängende Fragen aus den Augen zu verlieren). In diesem Sinne muß auf Werke verwiesen werden wie dasjenige des Grafen Bravo, mit seinem *Guía anual teórico-práctica de los Ayuntamientos o lecciones nocturnas que un padre de familias daba a su hijo sobre el gobierno político que había de observar en los años que regentase algún oficio honorífico de república*<sup>48</sup>, dasjenige von Santiago de Alvarado y de la Peña mit dem Titel *Instrucción o prontuario de las facultades y obligaciones de los alcaldes ordinarios y pedáneos de España con arreglo a las leyes y órdenes comunicadas hasta el año de 1827*<sup>49</sup> wel-

ches nur ein auf den neuesten Stand gebrachtes Werk von Vizcaino Pérez ist<sup>50</sup>, dasjenige von Celestino de Fuesca und seinem *Manual y dirección de Alcaldes ordinarios y pedáneos de España, Regidores de las ciudades y demás individuos de los Ayuntamientos*<sup>51</sup> oder dasjenige von Ortiz de Zúñiga y Herrera mit seinen *Deberes y atribuciones de los Corregidores, Justicias y Ayuntamientos de España*<sup>52</sup>. Letzteres unterscheidet sich nach Ansicht seines Zeitgenossen Domingo Rivera<sup>53</sup> von den vorhergehenden, da keines von jenen "(einschließlich der ältesten, von Castillo de Bobadilla und Guardiola) eine vollständige Abhandlung über die Pflichten und Aufgaben der Behörden darstellte, in deren Händen seinerzeit der Regierung und Justizverwaltung der Dörfer lag (...)". Und angesichts der fehlenden Ausbildung in gerichtlicher Praxis in den Hörsälen, wie in dem selben angeprangert wird, versucht diese Veröffentlichung, den genannten Mangel zu beheben.

Ab 1833, als Isabel II, zumindest dem Namen nach, den Thron besteigt, beginnt eine Epoche in der spanischen Geschichte, in der versucht wird, das überholte Modell der politischen Organisation zu überwinden, das ihr Vater, der berühmte Ferdinand VII, so eisern verteidigt hatte. Der frische Reformwind, den die umstandsbedingte Herrscherin des Königreichs, die Königinwitwe Maria Cristina, eher aus persönlichen Interessen denn aus Überzeugung unterstützt, verteidigt die Artikulierung

conforme al estilo de los juzgados de Madrid, de las Chancillerías, Audiencias y demás tribunales del Reino, con extensión (sic) de los pedimentos, autos y diligencias judiciales, e inclusión de varios instrumentos y advertencias a escribanos, procuradores y alguaciles oder bei Josef FEBRERO und seinem Werk *Compendio teórico-práctico de la Librería de Escribanos de Josef Febrero con respecto a contratos públicos*, Madrid, 1834.

<sup>50</sup> Genauer gesagt, handelt es sich um die 4. Ausgabe des Werks *Tratado de la jurisdicción ordinaria para la dirección y guía de los alcaldes de los pueblos de España*. Interessant ist, daß im prólogo, S. VII, der Autor MIGUEL SÁNCHEZ kopiert, hinsichtlich der Absichten seines Werks: "Nützlichkeit, Klarheit und Notwendigkeit".

<sup>51</sup> Madrid, 1828. Ebenso wie im vorhergehenden Fall bezieht er sich auf MIGUEL SÁNCHEZ. So übernimmt er bei der Erklärung, welche Absicht sein Werk hat, nämlich diejenige, die Gesetze bekannt zu machen, "damit ein jeder hinsichtlich dieser seine jeweiligen Aufgaben genau und sicher verrichtet", fast wörtlich, was jener schon Jahre zuvor dargelegt hatte: "Es ist unmöglich, daß, wenn derjenige, der nicht weiß, was beachtet werden muß, um die Völker gut zu regieren, sicher herrschen kann, noch kann der Nachbar gehorchen; beide setzen sich der Gefahr aus, sich zu irren und aus Unwissenheit eine Straftat zu begehen".

<sup>52</sup> Madrid, 1832. Der Kommentar, den er in Band IV, S. 3 fallen läßt, erweckt Aufmerksamkeit: "In der Meinung vieler intelligenter Leute, sollte die Ausübung der ordentlichen Gerichtsbarkeit ausschließlich Angelegenheit der ausgebildeten Richter sein; die sonstigen, die politische und wirtschaftliche Regierung betreffenden Angelegenheiten werden in den Dörfern unter der besonderen Leitung der örtlichen Institutionen abgewickelt. Wir wollen uns nun nicht in diese Frage einmischen, noch weniger vollständig dieses Gutachten unterschreiben (...)". Wie Domingo RIVERA in einem in der "Sección Bibliográfica" der *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, XX (1862), S. 580 veröffentlichten Artikel aufzeigt: "sichere Tatsache ist es, daß D. Manuel Ortiz de Zúñiga als Belohnung für die Verdienste, die er sich mit der Veröffentlichung der *Deberes y atribuciones de los corregidores, justicias y ayuntamientos de España* erwarb, im gleichen Jahr 1832 zum Oberbürgermeister ernannt wurde; auf diesem Posten blieb er bis zur Einrichtung der erstinstanzlichen Gerichte, denen er ebenfalls bis zu seiner Ernennung zum Staatsanwalt bei der Real Audiencia de Granada im Jahre 1837 diente".

<sup>53</sup> *Sección Bibliográfica...*, a. a. O., S. 578.

<sup>47</sup> *Dirección de alcaldes...*, a. a. O., Absatz 7, S. 264.

<sup>48</sup> Madrid, 1826. Man kann auch Werke erwähnen wie das von Lucas GÓMEZ NEGRO, *Elementos de práctica forense*, das, auch wenn es 1806 geschrieben wurde, posthum 1825 in Valladolid erschien und von seinem Herausgeber, Mariano DE SANTANDER Y FERNÁNDEZ, auf den neuesten Stand gebracht worden war.

<sup>49</sup> Madrid, 1828. Hierbei handelt es sich um einen Autor, der besonders bei der Aktualisierung der Werke anderer Autoren äußerst produktiv war, wie es der Fall ist bei Isidoro ALCARAZ Y CASTRO und seinem Werk *Método y práctica de los cuatro juicios civil ordinario, sumario de partición, ejecutivo y general de concurso de acreedores*; bei Carlos ROS Y HERRERA und seinem Werk *Cartilla Real teórico-práctica según las leyes Reales de Castilla para Escribanos*; bei Antonio MARTÍNEZ SALAZAR und seinem Werk *Práctica de sustanciar pleitos ejecutivos y ordinarios*,

des politischen Zusammenlebens des Landes auf der Achse eines Verfassungstextes. Nachdem vorläufig die Wiederanwendung der Verfassung von 1812 aufgrund ihres zu liberalen Charakters ausgeschlossen wurde, erscheint das sogenannte Estatuto Real de 1834, das Königliche Statut von 1834, auf der Bühne. Es ist ein Werk von nur geringer praktischer Anwendung, aber es ermöglichte eine grundsätzliche Normenerneuerung im Rahmen der Justizverwaltung. In seinem Schutz, und nach der Neustrukturierung des Staatsgebietes in Provinzen, erblickte der Königliche Erlass vom 21. April 1834 das Licht der Welt, dessen Anspruch es war, diese in Gerichtsbezirke zu untergliedern, an deren Spitze ein erstinstanzlicher Richter stehen sollte, weswegen er gleichzeitig anordnete, daß die ordentlichen Bürgermeister aller Dörfer "die Ausübung der gerichtlichen Gewalt, die sie bis zur Gegenwart erfüllt haben (...)" einzustellen hätten<sup>54</sup>. Fünfzehn Monate später ermöglicht es der Königliche Erlass vom 23. Juli 1835, para el arreglo provisional de los ayuntamientos de la Península e islas adyacentes, von Neuem, daß die örtlichen Behörden bei Zivilprozessen entscheiden, deren Streitwert 200 Reale nicht übersteigt<sup>55</sup>. Und am 26. September wird das sogenannte Reglamento provisional para la administración de justicia erlassen, eine für die radikale Umwandlung des vom Ancien Régime geerbten Zuschnitts der Gerichtswelt grundlegende Regelung<sup>56</sup>. Dieses festigt nicht nur die Stellung des Bürgermeisters, sondern verwurzelt sie sogar noch tiefer, indem er als eine für die Arbeit der Berufsrichter grundlegende Unterstützung konzipiert wird. So sieht der Artikel 31 sie als "ordentliche Richter in ihren jeweiligen Dörfern, die, mit Vorbereitung des erstinstanzlichen ausgebildeten Richters, dort, wo es solchen gibt, über solche Zivilsachen zu Gericht sitzen und entscheiden, deren Streitwert auf der spanischen Halbinsel und den angrenzenden Inseln 50 Peseten und in Übersee 30 Peseten nicht übersteigt; und bei Strafprozessen über Beleidigungen und leichtere Gesetzesübertre-

tungen, die nur mit einer Verwarnung oder leichten Zu-rechtweisung bestraft zu werden verdienen, wobei sowohl das Eine als auch das Andere in einer mündlichen Hauptverhandlung entschieden wird". In den folgenden Artikeln wird ihnen weiterhin die gerichtlichen Maßnahmen in Zivilangelegenheiten übertragen, "bis sie zu Rechtsstreitigkeiten zwischen Prozessparteien werden (...)" und die "obwohl es sich um Rechtsstreitigkeiten handelt, dringend zu erledigen sind", ebenso wie, auf dem Gebiet der Strafsachen, diejenigen Maßnahmen für den Fall, daß "in einem ihrer Dörfer eine Straftat begangen wird oder sich ein Delinquent befindet", wobei sie sogar dazu ermächtigt werden, unaufschiebbare Maßnahmen zu ergreifen wie die Festnahme von Verbrechern oder die Güterpfändung.

Der generische Rahmen des Zusammenlebens verändert sich mit dem jeweiligen Erscheinen der Verfassungen von 1837<sup>57</sup> und 1845<sup>58</sup>. Es ist bekannt, daß sich beide sowohl im Justizkonzept als auch im Justizmodell unterscheiden, welche sie sich vornehmen. Aber die Figur des an gerichtlichen Aufgaben beteiligten Bürgermeisters bleibt unerschütterlich, trotz der harten Kritik, die dies sowohl aus der politischen Welt als auch aus den Gerichten und dem Richterstand an sich auf sich zieht<sup>59</sup>. In diesem Kontext der schweren Vorwürfe gegenüber der Arbeit der städtischen Richter, die gewöhnlich als schlecht bezeichnet wird, sind diejenigen Veröffentlichungen, deren Absicht vor allem im Wesentlichen didaktisch ist, noch mehr vonnöten. Dies ist ihre Haupttugend, aber auch sie sind nicht frei von Kritik, wie diejenige von Hernández de la Rúa, für den diese Art von juristischer Literatur "wenig Bedeutung" hat und die Gefahr in sich birgt, zur Aufgabe des "Doktrinenstudiums" zu ermuntern und sich darauf beschränkt, "die Formulare zu imi-

<sup>54</sup> Art. 3: "Die ordentlichen Bürgermeister aller Orte stellen natürlich die Ausübung der Justizgewalt ein, die sie bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt durchführten und übergeben die Gerichtsverfahren und -akten, die an ihren Gerichten anhängig sein sollten, an die ausgebildeten Richter in den Bezirkshauptstädten, damit diese sie weiterführen und gemäß der Gesetzesaburteilen, nur mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen noch kein Richter für den Gerichtsbezirk ernannt ist, denn dann entscheiden die ordentlichen Bürgermeister über die Streitfälle, bis der ausgebildete Richter, den Ich für jenen Gerichtsbezirk ernenne, sein Amt antritt".

<sup>55</sup> Art. 37: "Die Bürgermeister verhandeln und entscheiden in mündlichem Verfahren in denjenigen Ortschaften, in denen es keinen erstinstanzlichen Richter gibt, bei Zivilsachen, deren Streitwert die 200 Reale nicht übersteigt".

<sup>56</sup> ORTIZ DE ZÁRATE, R., *Análisis histórico-crítico de la legislación española*, obra escrita por..., abogado de los tribunales nacionales, I, Vitoria, 1844, S. 199: "Auch in der Justizverwaltung wurden einige Änderungen durchgeführt, mit der Regelung des Obersten Finanzgerichts, mit der Unterteilung der Provinz in erstinstanzliche Gerichte, mit der definitiven Abschaffung der Inquisition und der noch bestehenden Glaubenskommissionen, obwohl diese schon 1820 abgeschafft worden war und nach Ferdinand VII nicht wieder eingeführt worden war, mit dem Verschwinden der heiligen Bruderschaften von Talavera, Ciudad Real und Toledo, und seinen Privilegiengerichten und Steuern, mit der Abschaffung der herrenlosen Gerichte, mit der Ordnung, mit der der Oberste Gerichtshof Spaniens und der Kolonien ausgestattet wurde, und vor allem, mit dem Erlass des Reglamento provisional para la administración de justicia...".

<sup>57</sup> Im Sommer 1836 erlangt die Verfassung von 1812 für einige Monate ihre Gültigkeit wieder und es beginnt ein Zeitraum, in dem versucht wird, die Gesetzgebung aus dem Verfassungstriennium wiederherzustellen.

<sup>58</sup> Zu diesem Punkt, s. u.a. TOMÁS Y VALIENTE, F., "De la Administración de Justicia al Poder Judicial" in VVAA, *El Poder Judicial en el bicentenario de la revolución francesa*, Madrid, 1990; LORENTE, M., "Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868" in *De justicia de jueces...*, a. a. O., S. 243-287; APARICIO, MA., *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, Barcelona, 1995.

<sup>59</sup> Im Königlichen Erlass vom 29. Dezember 1838, in dem die Anforderungen festgelegt werden, die an alle Klassen der Justizverwaltung gestellt werden müssen, wird bekräftigt: "(...) die große Bedeutung der Justizverwaltung hängt zum Großteil von der Eignung und dem Ansehen der Richter ab; und diese verfügen zweifellos in einem höheren Grad darüber, wenn ihrer Ernennung strenge Eignungs- und Integritätsprüfungen vorausgegangen sind (...)" . Trotz dieser Voraussetzungen werden jedoch weiterhin Regelungen erlassen wie das Strafgesetzbuch von 1848, das einer Anerkennung ihrer Handlungen gleichkommt und ein bemerkenswerter Widerspruch, da man sie damit beauftragt, in mündlicher Hauptverhandlung alle Ordnungswidrigkeiten des Dritten Buches zu verhandeln. Bedenken. Vergessen Sie ebensowenig den Königlichen Erlass vom 4. Juni 1847 zur Entscheidung des Zuständigkeitsstreits der Gerichtsbarkeiten und Befugnisse zwischen den Justiz- und den Verwaltungsbehörden; den Königlichen Befehl vom 28. Oktober 1848, damit die Bürgermeister und ihre Stellvertreter in der Bezirkshauptstadt in mündlicher Hauptverhandlung über Angelegenheiten entscheiden können, deren Streitwert nicht über 200 Realen liegt oder den Königlichen Erlass vom 26. September 1851 über die Ausübung der Rechtsprechung der Bürgermeister und ihrer Stellvertreter.

tieren, und manchmal "ohne die nötige vergleichende Untersuchung" kopiert, so daß am Ende nicht selten den Parteien geschadet wird<sup>60</sup>.

Obwohl die Liste der Autoren und Werke, die hier zitiert werden können, recht umfangreich ist, wollen wir uns darauf beschränken, nur einige hier hervorzuheben<sup>61</sup>, de-

ren ausschließliche Adressaten die Bürgermeister (und ihre Stellvertreter) sind, die von Männern der Praxis geschrieben wurden, gewöhnlich Anwälte oder Richter, und die Formulare beinhalten, um ihre Arbeit zu verein-

<sup>60</sup> HERNÁNDEZ DE LA RÚA, Vicente, Formularios de los procedimientos civiles con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento vigente por..., Madrid, 1857, S. 3. Es ist interessant, daß der Autor trotz seines abwertenden Urteils nicht darauf verzichtet, ein Formularbuch herauszugeben, was er wie folgt rechtfertigt: "Wir behalten uns die Abfassung und Veröffentlichung der Formulare bis nach Abschluß der Kommentare zu allen Artikeln der Zivilprozessordnung vor: 1., weil sie unserer Meinung von geringer Bedeutung sind, da es für jeden, der sich einem Gerichtsberuf widmet und den Geist des Gesetzes kennt, ein Leichtes ist, die Forderungen zu formulieren, die er aus dem Prozess schließt, mit den Formeln, die mit seinen Grundsätzen übereinstimmen; ebenso wie es für diejenigen, die ein Richteramt ausüben, trivial und einfach ist, nicht nur, die Verfügungen auszuwählen, die er zu erlassen hat, sondern auch, diese zu verfassen; und 2., weil wir zutiefst davon überzeugt sind, daß die Beschränkung von wissenschaftlichen Abhandlungen auf Definitionen oder Formeln höchst schädlich ist; denn auf diese Weise wird das Doktrinenstudium aufgegeben, man vertraut auf die Imitation der Formulare, oder sie werden kopiert ohne die notwendige vergleichende Untersuchung; und nicht selten wird den Parteien geschadet, weil man so vorgegangen ist (...) Wir verstehen die Zweckmäßigkeit der Formulare für all jene Beamten, die sich dinglich mit den Prozessen beschäftigen, sehr wohl, wie es die Klagevertreter sind, die Gerichtsschreiber, die Gerichtsboten, etc.; aber was all diejenigen angeht, die das bestehende Recht anzuwenden haben, indem sie beantragen, Ausnahmen feststellen, sich verteidigen, begründen oder richten, so ist es nicht möglich, ihre Wünsche zu erfüllen, da man keine so umfangreiche Sammlung vom Formularen herausgeben kann, wie es Fälle gibt, die eintreffen können; und selbst wenn es einfach wäre, sie herauszugeben, so wäre es nicht ratsam, ihnen blindlings zu folgen".

<sup>61</sup> So geht beispielsweise Juan María RODRÍGUEZ weder in seinen *Apuntes sobre la práctica forense*, Sevilla, 1840 noch in seinen *Instituciones prácticas o curso elemental completo de práctica forense*, Sevilla, 1843, trotzdem sie stark praxisbezogen sind, davon aus, daß seine Werke hauptsächlich an die Bürgermeister gerichtet sind. Wie er in letzterem auf S. 3 gesteht: "Niemand, der auch nur mittelprächtige Kenntnis der Rechtsprechung besitzt, kann daran zweifeln, daß das Studium der Gerichtspraxis absolut unerlässlich für den Rechtsanwalt ist (...). Da ich von dieser Wahrheit überzeugt bin und ich das vollkommene Fehlen von grundlegenden Werken zu diesem wichtigen Punkt festgestellt habe, schrieb ich im Jahre 1840 einige Notizen über die Gerichtspraxis nieder, damit die an dieser Universität die Gesetze Studierenden dies leichter erlernen können, und vor allem diejenigen, die in dieser Wissenschaft zu unterrichten ich die Freude hatte, die von unseren mit den Institutionen verbundenen Autoren so sehr vernachlässigt wird. Bis dato hatte noch keine Abhandlung die Öffentlichkeit erblickt. Wie er in letzterem angepaßt war ...". In der gleichen Linie kann man Eugenio TAPIA und sein *Manual de práctica forense*, Madrid, 1824 eingliedern. In den folgenden Ausgaben erschien es unter dem Titel *Manual de práctica forense en forma de diálogo*, con el correspondiente formulario de pedimentos. Obwohl er einerseits die Bedeutung der Formulare aufzeigt, wie in der 4. Auflage, von 1832: "(...) Der Autor möchte die Wertschätzung erwidern, die ihm das Publikum bei früheren Ausgaben dieses Werks erwiesen hat, weswegen er sich alle Mühe gegeben hat, es zu verbessern, und weitere Prozessbetriebsformulare der Rechtsangelegenheiten in allen Arten von Prozessen, hinzugefügt hat, und am Ende ein weiteres Eingabeformular für diejenigen Zivilangelegenheiten, die am häufigsten bei Gericht vorkommen, einfügt, (...)", bekräftigt er andererseits: "Zwei Ziele hat sich der Autor beim vorliegenden Werk gesetzt: 1. Den Jusstudenten, die als Anwälte zugelassen werden wollen, es einfacher zu machen, sich auf das praktische Examen vorzubereiten. 2. Den Klagevertretern, Gerichtsbeamten und sonstigen Personen, die in Streitfällen arbeiten, in eigenen oder fremden, die entsprechende Unterweisung zur Verfügung zu stellen. Die Dialogform wurde gewählt, da es so am einfachsten ist ...". Der Autor des *Manual del escribano o compendio del derecho civil español y de procedimientos judiciales* puesto en forma de diálogo para uso de jóvenes que se dediquen a esta

carrera por un abogado del colegio, Madrid, 1845, ist unbekannt. Wenn er auch schon im Titel deutlich macht, an wen sich sein Werk richtet, so bestätigt er dies im Prolog: "Hauptziel dieses Werkleins ist es, den jungen Leuten, die sich dem Beruf der Gerichtsschreiber widmen, kurz, einfach, klar und knapp resümiert die gesetzlichen Vorschriften über zivile Einrichtungen und Akte darzulegen, die mit diesem Posten zusammenhängen, und deren Kenntnis für eine korrekte Durchführung seiner Funktionen unerlässlich ist (...). Einen weiter gefassten Überblick kann man bei Juan MARTÍN CARRAMOLINO und seiner *Método actual de la sustanciación civil y criminal en la jurisdicción real ordinaria o Compilación lógica y metódica por el orden de materias, y de las atribuciones de cada funcionarios en la administración de justicia*, que comprende todos los procedimientos judiciales, dictados o reestablecidos desde la publicación del Reglamento de 1835 hasta fin de diciembre de 1838, Madrid, 1839, S. 5, erkennen, der die Veröffentlichung seiner "logischen und methodischen Zusammenstellung aller Bestimmungen, die heute für die Betreibung eines Zivil- oder Strafprozesses nötig sind" unter anderem damit rechtfertigt, damit die "Richter und Bürgermeister (die wegen ihrer gesellschaftlichen Isolierung niemanden haben, den sie fragen können), ohne Zweifel wissen, daß dies alle ihre Befugnisse zum heutigen Tag sind (...)". Mit dem Ziel, das Vakuum an Veröffentlichungen, die die geltende Gesetzgebung vereinen, zu füllen, erscheinen Werke wie das *Prontuario jurídico o compilación de leyes, decretos, reglamentos y circulares vigentes expedidas (sic) y restablecidas para la administración de justicia desde Enero de 1834 hasta 5 de Junio de 1839*, Madrid, 1839. Sein unbekannter Autor urteilt im Prolog: "(...) Und obwohl in letzter Zeit einige spezielle Gesetzes- und Erlassensammlungen erschienen sind, haben sich ihre Autoren entweder einem bestimmten Gesetzgebungszweig gewidmet, wie der öffentlichen Verwaltung der Lebensmittel, oder aber denjenigen, deren Ziel es ist, Ordnung und Methode der Vorgehensweisen zu regeln. So daß ein Werklein, in dem die Gesetze, Erlasse und Rundschreiben vereint sind, die die allgemeinen Beschlüsse auf dem Gebiet der Jurisprudenz bilden, noch notwendig war. Dies ist das Ziel des hier vorliegenden (...)". Ebenso bezeugt das *Prontuario de Diputaciones provinciales...*, a. a. O., im Prolog die Nützlichkeit dieser Art von Werk: "(...) es ist so unbestreitbar, daß es an Offensichtlichkeit grenzt. Den Studierenden, den Geschäftsleuten, die aus irgend einem Grund über eine rechtliche Bestimmung aus einem bestimmten Zweig unserer in so viele Zweige aufgeteilten Rechtsprechung Bescheid wissen möchten, Zeit und Arbeit zu ersparen; ist es ein greifbarer Vorteil auch für diejenigen, den unermesslichen Wert der Zeit zu schätzen verstehen ...". Auch andere, gehaltvollere Werke dürfen nicht vergessen werden, wie das von Eugenio TAPIA, zusammen mit Josef FEBRERO, *Febrero Novísimo o Librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros*, Valencia, mehrere Bände, 1828-1831, in dessen Windschatten Pedro CARRILLO Y SÁNCHEZ sein *Prontuario alfabético de legislación y práctica compuesto por...*, abogado de los tribunales nacionales y del ilustre colegio de Madrid, Madrid, 1840, veröffentlicht, der im Prolog ausführt, daß "eines der vorrangigen Ziele einer jeden gebildeten Gesellschaft es ist, mit allen ihr zur Verfügung stehenden Mitteln den Fortschritt der Wissenschaften zur Verfügung zu stellen, welches die einzigen Federn sind, die diese Maschine in Bewegung setzen, so daß sie konstant, geregelt und einheitlich schreitet". In diesem Zusammenhang beschließt er, sein Werk zu veröffentlichen: "(...) Aus all dem läßt sich schließen, daß es sich bei Febrero Novísimo um ein Werk handelt, daß sich notwendigerweise an die Jugend richtet, die die Juralaufbahn eingeschlagen hat und die gleiche Notwendigkeit hat mich dazu veranlasst, ihnen ein Handbuch hierzu anzubieten, mit der Vorstellung, daß sie dies studieren, um sich auf die Examen vorzubereiten, indem in einem einzigen Band das Ergebnis des ganzen breiten Werks zusammengefasst ist, das einige wegen der damit verbundenen Kosten nicht erwerben können, und gerne diesen das Studium ermöglicht (...)". In Verbindung hierzu erscheint auch das Werk von Florencio GARCÍA GOYENA und Joaquín AGUIRRE, *Librería de jueces, abogados y escribanos comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*, por..., Madrid, 1842.



fachen, ohne wissenschaftlichen Anspruch und noch weniger darauf bedacht, neue Wege aufzuzeigen, die ihre Kollegen in anderen, naheliegenden Ländern beschreiten. Ganz im Gegenteil, ihre Antriebe ist die Vereinfachung, die Suche nach einer gewissen Automatik, die es denjenigen, die nicht darauf vorbereitet wurden, ermöglicht, den gesetzlichen Ansprüchen zu genügen<sup>62</sup>. Wir werden ebenfalls einige andere erwähnen, die sich besonders dadurch auszeichnen, daß sie die Einmischung jener in die Welt der Justiz missbilligen.

Dies ist der Fall des vielseitigen Ortiz de Zúñiga<sup>63</sup>. Unzweifelhaft ein Rechtspraktiker auf beiden Seiten des Richtertisches, der beschloß, einen Leitfaden für diejenigen zu veröffentlichen, die sich der Welt der Justiz widmen, ohne dabei die Gelegenheit ungenutzt verstreichen zu lassen, die Arbeit der Bürgermeister zu kritisieren: "(...) Es drängt mich, die Aufmerksamkeit besonders auf sie zu lenken, damit die Bürgermeister, die sich im Inhalt beider Bestimmungen irren, keine Mißbrauch ihrer Autorität betreiben, indem sie diejenige an sich reißen, die auf die erstinstanzlichen Richter beschränkt ist (...) Diese wissen wohl um die Anmaßung ihrer Zuständigkeiten und auch ihrer Interessen; aber sie pflegen sie zu tolerieren und darüber zu schweigen, um Aufstände und unangenehme Auseinandersetzungen mit den Bürgermeistern zu vermeiden, welche, manchmal aufgrund eines ungewollten Fehlers oder weil sie die Regeln nicht gelesen haben, manchmal aufgrund der doch so verbreiteten Tendenz, ihre Befugnisse zu erweitern, sich einmischen und in mündlicher Hauptverhandlung nicht nur über Streitwerte bis zu 200 Reale entscheiden, sondern auch noch solche, deren Streitwert 125 Peseten übersteigt; ohne zu überlegen, wie eindeutig und beschränkt ihre Zuständigkeiten bei diesem Punkt doch sind. Solch ein Mißbrauch entspringt ebenfalls aus der Art der mündlichen Klage, die vor einem Bürgermeister eingereicht wird (...) Diese Befugnisanmaßung wiederholt sich so oft, daß ich nochmals betone, daß die Bürgermeister verstehen, daß die ihnen sich auf mündliche Hauptverhandlungen in Zivilsachen beschränkt, daß sie nur bei denjenigen entscheiden, in denen die verlangte Summe 200

Reale nicht überschreitet oder ein Gegenstand, deren gesicherter Wert dieselbe Summe nicht übersteigt"<sup>64</sup>.

Ebenso bezeichnet José de Vicente in seinem *Nuevo manual de práctica forense*<sup>65</sup> aus Anlass der Lesung im Parlament eines Gesetzesentwurfs über die Regelungen und Organisation der Gerichte, mit dem die Schaffung der Figur des Stellvertreters der erstinstanzlichen Richter versucht wurde, um die von der Verfassung vorgesehenen Bürgermeister in ihren gesetzlichen Aufgaben zu ersetzen, diese Initiative als richtig und dringend, "aufgrund der schwerwiegenden Nachteile, die sich daraus ergeben, daß weiterhin die Bürgermeister dazu aufgerufen sind, einen Teil der Judikative auszuüben, da keine Justizbeamten vorhanden sind". Die gesammelten Argumente sind unwiderlegbar: "da diese sich nun in verschiedenen Bereichen befinden, wobei sie hauptsächlich der Verwaltung angehören, haben sie nicht gerade selten ihre Autorität nach dem einen und dem anderen Konzept verwechselt und versucht, sich ihre Verantwortung beim ersten mit ihren Befugnissen des zweiten zu entziehen, woraus schwerwiegende Konflikte entstehen"<sup>66</sup>. Jedoch verliert er diesen Gedanken, den weniger kenntnisreichen Bürgermeistern ihre Aufgabe zu erleichtern, nicht aus den Augen, weshalb er seiner Ausgabe, abgesehen von einigen kurzen Erklärungen zu Prozessfragen, auch verschiedene Formulare beifügt, die es ihnen erlauben, unter bestimmten Voraussetzungen, die Durchführung einer so einfachen Arbeit wie das Modell abschreiben und es an den konkreten Fall anzupassen, erlaubt.

Celestino Mas y Abad vertieft diese Auffassung noch. Er gibt an, sein Hauptbeweggrund für seine Arbeit sind die unaufhörlichen Klagen der örtlichen Behörden über das Fehlen von Referenzwerken<sup>67</sup>. Entschlossen, diesen Ungereimtheiten ein Ende zu setzen, legt er daher ein Werk voller Einfachheit vor, in dem, ebenso wie im vorhergehenden, die kurzen theoretischen Erläuterungen begleitet werden von dem entsprechenden Modell, das üblicherweise bei den gerichtlichen Behörden benutzt wird. Aber er fügt so viele bei, daß er sich genötigt fühlt, seine Entscheidung zu rechtfertigen: "In einigen meiner Arbeiten für die Behörden der Ortschaft sind Formulare für die hauptsächlichsten Amtshandlungen eingefügt, auf die sich dieses Buch bezieht; aber es wurde dafürgehalten, es seien nicht ausreichend und da um eine Erhöhung der Anzahl gebeten wurde, verlangt man gleichzeitig eine solche Klarheit, die als unmöglich angesehen

<sup>62</sup> Zu anderen Arten auffallend praktischer juristischer Literatur, die jedoch ein Profil besitzt, das sich von dem Ziel unserer Studie unterscheidet, s. BARRERO GARCÍA, A.M., "Los repertorios y diccionarios jurídicos desde la Edad Media hasta nuestros días (notas para su estudio)" in AHDE LXIII (1973), S. 311-351.

<sup>63</sup> Biblioteca Judicial o Tratado original y metódico de la organización y atribuciones de los juzgados de primera instancia, de las audiencias y del tribunal supremo de justicia, 1. Auf., Madrid, 1839, I, S. VII: "Es ist jedoch nicht mein Ziel, diese enorme Vakuum unserer Jurisprudenz zu füllen. Andere fleissige Männer, die gleichzeitig die Qualitäten besitzen, die hierfür vonnöten sind, werden sich diesem Ziel widmen. In der Zwischenzeit jedoch, glaube ich, an denjenigen ein gutes Werk getan zu haben, die sich der hohen Mission widmen, Recht zu sprechen, indem ich ihnen die Mittel vereinfacht habe, es zu verwalten (...)". Innerhalb kurzer Zeit veröffentlicht er weitere ebenso interessante Werke, wie *El libro de los alcaldes y ayuntamientos* (zwei Bände, Granada, 1841), *Elementos de práctica forense* (Granada, 1841) die schnell an den verschiedenen spanischen Universitäten zu Referenztexten wurden, sowie *Biblioteca judicial o novísima legislación no recopilada, relativa a la administración de justicia* in zwei Bänden, der erste erschien 1848 und der zweite 1854.

<sup>64</sup> Biblioteca judicial..., a. a. O., S. 80-81.

<sup>65</sup> Nuevo manual de práctica forense, comprensivo de todas las actuaciones y procedimientos tanto ordinarios como extraordinarios, comunes y especiales en todos los grados y recursos sobre negocios civiles, mercantiles y materias criminales con arreglo a la legislación vigente. Puesto en forma de diálogo y acompañado de los correspondientes formularios, Madrid, 1842.

<sup>66</sup> Ibid., S. 42.

<sup>67</sup> Manual del alcalde en el ejercicio de funciones judiciales, o sea formulario general para todos los actos y diligencias de cargo de los alcaldes, así en negocios civiles como criminales, Madrid, 1855, S. 5: "Die wiederholten Hinweise, die mir die örtlichen Behörden darüber gemacht haben, daß ihnen in den meisten Fällen, bei denen sie ihre richterlichen Funktionen auszuüben aufgerufen sind, ein Muster fehlt, an das sie sich halten könnten, sind der Grund dafür, der mich dazu veranlaßt hat, das Manual... zu veröffentlichen".

wird, ohne die wenig schmeichelhafte Kritik auf mich zu ziehen, ein aufdringlicher Schreiberling zu sein, wenn nach dem Gesagten ich nicht die Hoffnung hegte, daß ich von denjenigen gelehrten Personen, denen dieses Manual in die Hände fällt, die Achtung verdiente, für den Überfluss und die genauesten Details, mit denen ich mich an diejenigen wende, die von einem Tag auf den anderen zu Behörden werden, ohne bestimmte Bedingungen erfüllen zu müssen, und keinerlei Verpflichtung haben, die Fragen zu verstehen, um sie als solche rechtens zu entscheiden, noch sie in der Praxis mit den zugelassenen gerichtlichen Formeln vorzulegen (...) Wiederholen wir, was schon zuvor zu verstehen gegeben wurde: wir schreiben für die Laienbürgermeister<sup>68</sup>

Fermín Verlanga Huerta läßt sich in einem seiner Werke<sup>69</sup> nicht die Gelegenheit entgehen, für diese Art von Büchern eine Lanze zu brechen<sup>70</sup> und gleichzeitig die Veröffentlichung seines Werks zu rechtfertigen: "...Da die juristischen Funktionen von den Bürgermeistern ausgeübt werden, welche im Allgemeinen nicht über die für diese Aufgaben nötigen juristischen Kenntnisse verfügen, erschien es mir angebracht, die Rechtsdoktrinen dieser Prozesse in einem einfachen und volksnahen Stil zu verfassen, der für die am Gericht weniger versierten verständlich und zugänglich sei. Zu diesem Zweck ließ ich absichtlich die Definitionen vieler Rechtsfachausdrücke weg, da ich sie als nicht nötig erachtete (...) In Bälde wird der zweite Teil der Jurisprudencia Popular, in dem die Prozesse mit einem höheren Streitwert erfasst werden, mit den genauesten und umfassendsten Formularen aller Instanzen, und ohne daß ich hier im voraus eine Meinung zu seinem Stellenwert geben möchte, so erscheint es mir doch, daß er den Zweck des öffentlichen Nutzens bestens erfüllt<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> Ibid., S. 5-9.

<sup>69</sup> Jurisprudencia popular, Madrid, 1838. Konkret bestätigt er dies in der advertencia der 2<sup>a</sup> Auflage von 1840, S. V-IX.

<sup>70</sup> Joaquín JAUMAR Y CARRERAS Práctica forense arreglada a las leyes y decretos vigentes y al estilo de los tribunales españoles de ambos emisferios (sic), Barcelona, 1840, enthält keine Präambel, in der er die Gründe anführt, weshalb er sein Werk veröffentlicht, aber es ist symptomatisch, daß er von den fast 300 Seiten seines Buchs ein Drittel der Zusammenstellung der Formulare widmet (konkret für die Anträge bei in der Praxis am häufigsten auftretenden Fälle.

<sup>71</sup> S. auch sein Tratado que continuando la jurisprudencia popular sobre pleitos de menor cuantía comprende el procedimiento correspondiente a los demás negocios civiles de la jurisdicción ordinaria, dividido en cinco partes, desde que se principia a disputar un derecho hasta que declarado irrevocablemente se lleva a ejecución, con los formularios más minuciosos para todas las instancias, incidentes y recursos por... del ilustre colegio de abogados de esta corte, Madrid, 1841. Er beginnt mit einem Abschnitt mit der Überschrift Idea de esta colección y partes del presente tratado, in dem er die Gründe für die Veröffentlichung seines vorherigen Werkes darlegt und in dem er nicht nur äußert, daß "die beiden hohen Auflagen, die in kurzer Zeit von dieser Abhandlung gemacht wurden, ihre Nützlichkeit mehr als rechtfertigen", sondern sowohl die Werke von Carramolino ("In einem Wort, der Herr Carramolino legte nur die Verfahrensrechtsreformen dar; jedoch keine Vorgehensweise") wie die Biblioteca judicial von Ortiz de Zúñiga ("... aber dann werden uns die Auhgen geöffnet darüber, daß der Umfang des Werkes seinem Titel nicht entspricht, da in ihm nur theoretisch die Vorgehensweise bei Prozessen der ordentlichen Gerichtsbarkeit erörtert werden, ohne auch nur im geringsten auf die Formeln einzugehen, die die Vorgehensregeln vernünftig und durchführbar machen. Ebensovienig halten die Kapitel und Unterteilungen der Biblioteca die gebührende Ordnung und Zusammen-

hang ein") als schließlich auch, die Lecciones del Derecho español von Vicente Hernández de la Rúa ("... er beging nicht nur den gleichen Fehler, sondern mehrere noch schwerwiegendere, von denen wir lieber annehmen, sie seien unabsichtlich begangen worden und sie der Überstürzung und Unachtsamkeit zuschreiben, mit der sie anscheinend veröffentlicht wurden") aufs schärfste kritisiert.

Francisco de Pou<sup>72</sup> folgt dem Schema der zuvor genannten. Ein kleines Büchlein, in dem der theoretische Teil knapp und oberflächlich dargestellt wird und von allen Arten Formulare begleitet wird, die den Bürgermeistern, oder ihren Vertretern, bei der Ausübung ihrer juristischen Aufgaben nützlich sein könnten. Zu seiner Rechtfertigung nennt er folgende Argumente in der Introducción: "War es schon immer äußerst notwendig für die Bürgermeister und Gemeinderäte, ein Werk zu ihrer Verfügung zu haben, das ihnen bei der Ausübung ihrer haarigen und heikeln Aufgaben als Anleitung dient, so ist es heute noch mehr so, da es ihnen, aufgrund der Veränderungen und Reformen, die in der Justiz und der Verwaltung durchgeführt wurden, unmöglich ist, dies ohne diese Hilfe zu erledigen ... Die Begierde, mit der es gesucht wurde, die Wertschätzung, die ihm die Bürgermeister und Gemeinderäte aus allen Provinzen Spaniens zukommen lassen und die Empfehlung, die an der gelehrten Universität dieser Stadt einer der würdigen Professoren aussprach, haben mich ermutigt, eine weitere, erheblich grössere, Ausgabe zu veröffentlichen ... So daß mit diesem einzigen Werk die Bürgermeister, Gemeinderäte und ihre Sekretäre ihre Aufgaben korrekt wahrnehmen können<sup>73</sup>.

Mehr noch als im Zivilrecht, versucht, die Instrucción judicial de Alcaldes, o tratado original y completo de los deberes de los Alcaldes y sus tenientes como jueces, y de los de sus secretarios, con arreglo a la legislación y práctica vigente<sup>74</sup>, von Oriol Ynglés vorbereitet, auf dem Gebiet der Strafsachen Einfluß zu nehmen, da dort seiner Auffassung nach, die größten Mißstände herrschen. Er gibt zu "(...) daß die Erfahrungen der juristischen Laufbahn die ernsthaften Schwierigkeiten bekannt machten, auf die sie bei den Strafermittlungsverfahren stießen, wenn die ersten Ermittlungen dem erstinstanzlichen Gericht verzerrt oder fehlerhaft vorgelegt wurden (...)" und daher entschließt er sich, ein Buch zu veröffentlichen,

menhang ein") als schließlich auch, die Lecciones del Derecho español von Vicente Hernández de la Rúa ("... er beging nicht nur den gleichen Fehler, sondern mehrere noch schwerwiegendere, von denen wir lieber annehmen, sie seien unabsichtlich begangen worden und sie der Überstürzung und Unachtsamkeit zuschreiben, mit der sie anscheinend veröffentlicht wurden") aufs schärfste kritisiert.

<sup>72</sup> El libro de los alcaldes y ayuntamientos con arreglo a la nueva legislación municipal, Barcelona, 1845. Auf dem Titelblatt des Werkes wird sein Verfasser nicht als Rechtsanwalt bezeichnet, wohl aber als "Verfasser mehrerer Werke". Diese Veröffentlichung ist tatsächlich, wie in der Introducción zugegeben, die Ausgabe einer vorherigen: "(...) Besessen von diesem Gedanken und in dem Wunsch, den Ortsbehörden etwas Gutes zu tun, veröffentlichte ich dieses Werk, von dem in kurzer Zeit zwei Auflagen herausgegeben wurden, trotz vieler anderer, die sich dem gleichen Zweck widmen und vieler anderer auch, die in den Ecken der Druckereilager ruhen ...".

<sup>73</sup> Einige Jahre später wurde sein Manual de alcaldes y ayuntamientos: contiene los deberes y atribuciones de estos funcionarios con arreglo al nuevo código penal y demás leyes vigentes, Barcelona, 1848, als Ergebnis der vom Strafgesetzbuch von 1848 eingeführten Änderungen veröffentlicht.

<sup>74</sup> Madrid, 1845. Kurz zuvor war das Buch von José María FERNÁNDEZ DE LA HOZ, Código de procedimientos criminales redactado con arreglo a la legislación vigente, Madrid, 1843, erschienen, wenn auch mit einem sehr unterschiedlichen Profil, da es sehr viel theoretischer war und nur spärlichen Auswirkungen auf die Aufgabe der Bürgermeister bei der Rechtsprechung.

nicht sehr lang, wie es bei dieser Art von Text gebräuchlich ist, das sich nur an die Mitglieder der örtlichen Regierung richtet, im Wesentlichen an die Bürgermeister, ihre Stellvertreter und die Sekretäre, ausschließlich, um sie bei ihren Aufgaben in der Gerichtswelt zu leiten<sup>75</sup>. Dieser gründliche Kenner der Justizpraxis, praktizierender Rechtsanwalt und ehemaliger Richter bei der Audiencia Territorial von Cáceres, widmete nun "seine schwache Feder der vorliegenden juristischen Unterweisung, von ihrer Notwendigkeit überzeugt, sowie von den Vorteilen, die sie für die Justizverwaltung haben kann, indem sie die ersten Ermittlungen beschleunigt und treffsicher macht; ebenso ermöglicht sie den Bürgermeistern und ihren Sekretären die Befriedigung, die heikle Aufgabe, mit denen das Gesetz sie betraut hat, wie es sich gehört zu erfüllen". Er ist von der mangelhaften Ausbildung der Bürgermeister und ihrer Mitarbeiter, besonders auf einem so heiklen Gebiet wie der Justiz, so sehr überzeugt, daß er bei der Erklärung des Präsentationschemas seiner Arbeit zugibt, er habe sich auch dazu entschlossen, verschiedene Formulare einzufügen "(...) um es denjenigen, die keinerlei Kenntnis zu diesem Thema besitzen, zu ermöglichen, sie zu imitieren, weswegen sie den Schluß bilden, damit sie bei Bedarf leicht zu finden sind". Von den fünf Teilen, aus denen das Buch besteht, widmen sich die letzten beiden den Formularen, sowohl für Strafsachen als auch für Zivilangelegenheiten.

Wenige Monate, bevor das Strafgesetzbuch von 1848 erscheint, wird in Madrid ein weiteres, kurzes Büchlein vom establecimiento tipográfico de Saavedra y Compañía mit dem bezeichnenden Titel *Manual de los alcaldes y tenientes en el desempeño de sus funciones judiciales* (Handbuch der Bürgermeister und ihrer Stellvertreter für die Ausübung ihrer Justizfunktionen) veröffentlicht. Auf seinem Titelblatt stehen anstelle des Namens des Verfassers ausdrucksvolle Sternchen, weswegen dieser uns nicht bekannt ist. Getreu dem Leitgedanken, daß derjenige Bürgermeister dem öffentlichen Wohl besser dient, der "die meisten Streitfälle und Klagen abkürzt", strukturiert er sein Werk in 5 Kapitel über sein Vorgehen als Friedensrichter, bei mündlichen Hauptverhandlungen, bei Präventivmaßnahmen, die er bei Zivilangelegenheiten durchzuführen hat, bei Strafsachen und schließlich auch seine Verantwortung bei der Ausübung seiner Justizfunktionen<sup>76</sup>. Der vielleicht für diesen Artikel interes-

santeste Teil<sup>77</sup> ist der letzte, wenn man die dauernde Spannung, die meist zwischen den erstinstanzlichen Richtern und den Bürgermeistern bestand, bedenkt. Nachdem er in vier Kapiteln die Leitfäden dargestellt hat, denen sie bei der Ausübung ihrer Funktionen folgen müssen, macht er ihnen in diesem Kapitel deutlich, daß ihre Arbeit der Überprüfung unterliegt und sie dementsprechend zur Verantwortung gezogen werden können, was in ihrem Fall entweder vor den erstinstanzlichen Richtern des entsprechenden Gerichtsbezirks geschehen kann oder vor den Audiencias Territoriales. Erstere müssen bei möglichen allgemeinen Vergehen und Verbrechen, die ihre Hilfskräfte begehen können. Sofern es hier nicht nötig ist, ein Verfahren einzuleiten, wird daran erinnert, daß die geltenden Regelungen es den erstinstanzlichen Richtern erlaubt, sie zurechtzuweisen, wenn auch "unter Einhaltung größtmöglicher Mäßigung". Gegen die auferlegte Zurechtweisung, in Form einer Verwarnung, Gerichtskosten oder einer geringen Geldstrafe, kann vor den Audiencias Einspruch eingelegt werden. Diese sind auch dafür zuständig, über die den Bürgermeistern vorgeworfenen Unregelmäßigkeiten zu Gericht zu sitzen, die diese im Rahmen von mündlichen Hauptverhandlungen begangen haben sollen oder bei offensichtlicher Fahrlässigkeit bei der Umsetzung dessen, was vor dem Friedensrichter vereinbart wurde.

Mit dem Erscheinen des Strafgesetzbuches von 1848 sprossen neue Handbücher aus dem Boden<sup>78</sup>, Ergebnis der Arbeit von nachsichtigen Rechtsanwälten, die für die immer komplexere Arbeit der Bürgermeister in der Welt der Justiz als Referenzpunkt dienen wollen, wie es Nicolás de Paso y Delgado y Joaquín Jiménez Serrano<sup>79</sup> äußern: "Zuvor reichte es ihnen aus, eine Artikel der provi-

es, so weit wie möglich die Rechtsstreite und Zwiste unter den Bürgern zu vermeiden. Aufgrund der Bedeutung dieses Zieles hat man den Bürgermeistern immer die höchste Wirksamkeit bei der Beruhigung und Schlichtung derjenigen, die sich vor ihm befinden, eingeschärft". An anderer Stelle besteht er auf diesem Gedanken: "Vor dem Friedensrichter werden nicht so sehr wirkliche Prozesse abgehandelt, sonder eher vorbeugende Besprechungen mit dem Ziel, durch ein gegenseitiges Einverständnis der Parteien zu einer Beilegung ihres Streits zu gelangen". In diesem Sinne urteilt er, es sei offensichtlich, daß derjenige Bürgermeister dem öffentlichen Wohl besser dient, der "die meisten Streitfälle und Klagen abkürzt".

<sup>75</sup> Introducción, S. 7 ff. Er hat viele Gründe für seine Entscheidung: "Da unsere Schriftsteller mit den großen Werken zu Theorie und Praxis beschäftigt sind, die ihnen einigen Ruhm einbringen können, vernachlässigen sie daher die Veröffentlichung von Anweisungen für die ersten Vertreter der Judikative, die Bürgermeister, damit diese ihre Vorgehensweisen regeln könnten, und die Normen für ihre Aufgabe in jenem unabhängigen Teil der Einleitung eines Gerichtsverfahrens zu finden, mit dem das Gesetz sie betraut. Diese Aufgaben, die an sich den Rechtskundigen nicht besonders genehm ist, sei es aus den angeführten Gründen, oder wegen der einfachen und kurzen Sprache, die benutzt werden muß, damit sie für diejenigen verständlich ist, die sie anwenden müssen, hat immer wieder meine Aufmerksamkeit auf sich gezogen (...)"

<sup>76</sup> Er geht bei seinen Ausführungen davon aus, daß, laut der geltenden Gesetzgebung, "in jedem Dorf die Bürgermeister und ihre Stellvertreter das Amt des Friedensrichters oder Schlichters ausüben", um anschließend daran die Gründe für diesen Auftrag zu rechtfertigen: "Ziel einer Verhandlung vor dem Friedensrichter ist

<sup>77</sup> Auch andere Fragen erregen unsere Aufmerksamkeit, wie z.B. auf den Seiten 12-14, wo er Ratschläge erteilt, wie die Schlichter ausgewählt werden sollen, um Empfindlichkeiten zu vermeiden: "Um die Treffsicherheit zu garantieren und die Parteilichkeit von Menschen nicht zu fürchten, die die Richterwürde nicht begreifen, raten wir den Parteien stets, daß sie bei der Auswahl der Schlichter und Schiedsmänner immer auf Rechtskundige oder Rechtsgelehrte zurückgreifen". Ebenso an der Stelle, an der er aufzeigt, wie das Vorgehen der Bürgermeister verwischt wird aufgrund des fehlens gesetzlicher Mittel bei der Durchsetzung des vor dem Friedensrichter vereinbarten, und vorschlägt, daß in diesen Fällen nicht zugunsten der ordentlichen Gerichte gehandelt werden solle, und so vermieden wird, daß "sie beschuldigt werden, ihre hohen Funktionen mißbraucht zu haben".

<sup>78</sup> So u.a. die Instrucción de alcaldes y tenientes de alcaldes, procuradores, síndicos y escribanos. Para los juicios verbales sobre faltas, con arreglo a lo dispuesto en la ley que prescribe las reglas para la aplicación de las disposiciones del código penal y reales decretos posteriores a su publicación, P.O.C., Madrid, 1848.

<sup>79</sup> *Prontuario criminal teórico-práctico para el uso de alcaldes y sus tenientes, procuradores síndicos y escribanos, secretarios de ayuntamiento y otras personas, escrito con arreglo al nuevo Código penal por los doctores...*, I, Granada, 1848.



sorischen Regelung zu kennen, um Recht zu sprechen, und heute müssen sie vierundzwanzig Artikel des Gesetzbuches genauestens studieren und analysieren, von denen einige aus dreißig Absätzen bestehen und nur wenig miteinander zu tun haben, außer der Strafe, die ihnen gemeinsam ist ... Aber es reicht nicht aus, die Gesetzesbestimmungen zu kennen; es ist auch nötig, sie treffsicher anwenden zu können; es ist vonnöten, zu verstehen, wie diese mündlichen Hauptverhandlungen durchgeführt werden sollen, die sich als Ganzes von der Regelung von 1835 unterscheiden... und die Bürgermeister und ihre Stellvertreter sehen sich, so sie schlecht handelten, Verwarnungen und Kritiken ausgesetzt oder noch schlimmeren Strafen, sofern sie nicht gemäß dem Recht richten und urteilen ... Daher haben wir es gewagt, dieses Buch zu schreiben. Diejenigen, die von früher über die Gerichte der Bürgermeister existieren, sind notwendigerweise veraltet und von dem ein oder anderen Werk, das danach erschienen ist, sind viele unvollständig und viel zu klein, wenn das Themengebiet doch so mühselig ist und solch klare Erklärungen verlangt ... Für unseren Zweck reichen jedoch diese theoretischen Abhandlungen bei weiten nicht aus. Als Rechtsanwälte wissen wir, daß es bei vielen Fällen unabdingbar ist, das Gesetz vor Augen zu haben ... Daher haben wir den Gesamttext des Código Penal, des Strafgesetzbuches eingefügt ... Im Anwendungsteil, in der Praxis haben wir die Entscheidungen der Audiencias herangezogen und die Formulare der Bürgermeister und sachkundigen Stellvertreter unserer Gesetzgebung...”

Zeitgenössisch zu diesem, muß man auch das Werke eines anderen berühmten Rechtsanwaltes, Marcelo Martínez Alcubilla mit dem Titel Juzgado de Alcaldes o Tratado general teórico-práctico de los deberes y atribuciones judiciales de los alcaldes y sus tenientes y regidores síndicos<sup>80</sup> behandeln. In der zweiten Auflage gibt er zu, die Gründe, die ihn dazu bewegten, das Werk in Angriff zu nehmen, seien folgende gewesen: “... wie nützlich es doch für die Bürgermeister wäre, ein Buch zu haben, in dem sie auf praktische Art ihre bedeutsamen Beiträge zur Rechtsprechung studieren könnten”. Zugleich mit diesem Geständnis, gibt er auch zu, daß sein Werk ein voller Erfolg gewesen ist: “(...) deren Exemplare in einer kleinen Anzahl von Provinzen vergriffen sind. Dies spornt ihn dazu an, zusammen mit der Tatsache, “daß ab dem nächsten 1. Juli das neue Strafgesetzbuch als Gesetz zu beachten ist, was die juristische Bedeutung der Bür-

germeister stark vergrößert (...)”<sup>81</sup>, “die zweite Auflage ohne die kleinste Verzögerung herauszugeben, welche merkbar verbessert und an die neue Strafgesetzgebung angepaßt ist ... “. Wie es nicht anders sein kann, ist seine Absicht, Licht auf den organischen Stillstand der Vorgehensweise der augenblicklichen Gesetzgebung zu werfen: “Mit dem Ziel, daß jene Behörden besser den Gebrauch verstehen, den sie von ihren Befugnissen machen sollen und können, ab wo und bis wohin diese sich erstrecken und die Art und Weise, in der sie von ihnen sicher und korrekt Gebrauch machen, zum Wohle der Verwalteten und ohne sich selbst zu gefährden ...”.

Auch wenn das Strafgesetzbuch von 1848 dazu beigetragen hatte, die Hauptrolle der Bürgermeister in der Justizverwaltung neu zu beleben, so reduzierte die Zivilprozessordnung von 1855 ihre institutionelle Präsenz innerhalb der Justizstruktur. Dies geht offensichtlich auf die Einführung der Friedensrichter zurück, die eine besonders bei Zivilangelegenheiten entscheidende Amtstätigkeit durchführten. Martínez Alcubilla war nur einer der zahlreichen Juristen, die diese Distanzierung verteidigten<sup>82</sup>: “(...) die Erfahrung zeigte, daß es von der ersten Stufe der Justizordnung an sehr nützlich war, die Justizfunktionen vollkommen von den Verwaltungsaufgaben zu trennen, gemäß dem in der Verfassung festgelegten Prinzip”. Diese bedeutsame Veränderung führt auf dem Gebiet all dieser Veröffentlichungen mit einer deutliche Orientierung an der Praxis, die bei der korrekten Ausübung der Justizfunktionen helfen wollen, dazu, daß während eines gewissen Zeitraums die Friedensrichter zu ihrer Lieblingszielgruppe werden<sup>83</sup>, zumindest direkt

<sup>80</sup> Wir beziehen uns auf die 2. Aufl., Burgos, 1848, S. V.: “In Anerkennung dessen, wie nützlich es für die Bürgermeister wäre, ein Buch zu haben, in dem sie auf praktische Art ihre bedeutsamen Beiträge zur Rechtsprechung studieren könnten, habe ich im März letzten Jahres die erste Ausgabe dieses Buches veröffentlicht, deren Exemplare in einer kleinen Anzahl von Provinzen vergriffen sind. Diese Tatsache, sowie die, daß ab dem nächsten 1. Juli das neue Strafgesetzbuch als Gesetz zu beachten ist, was die juristische Bedeutung der Bürgermeister stark vergrößert, ... haben mich dazu gezwungen, die zweite Auflage ohne die kleinste Verzögerung herauszugeben, welche merkbar verbessert und an die neue Strafgesetzgebung angepaßt ist ... “. Natürlich wird dies nicht sein einziges Werk sein, das diese Thematik behandelt. Besonders interessant ist das folgende Diccionario de administración, obra de utilidad práctica para los alcaldes y los ayuntamientos y para todos los funcionarios públicos en el orden judicial y administrativo, Madrid, mehrere Bände, verschiedene Erscheinungsjahre.

<sup>81</sup> Tatsächlich bestimmt die Regel 3 des Ley provisional prescribiendo reglas para la aplicación de las disposiciones del Código penal, daß: “Die Bürgermeister und ihre Stellvertreter in den jeweiligen Bezirken entscheiden in mündlicher Hauptverhandlung über die Vergehen, die im dritten Buch des Strafgesetzbuches behandelt werden. Zu diesem Zwecke steht ihnen ein auf allen Seiten nummeriertes und besiegeltes Buch zur Verfügung, in dem ein Protokoll eines jeden Prozesses ausgestellt wird, in dem der Name und die Adresse des Angeklagten, des Klägers und der Zeugen vermerkt werden, und die Zusammenfassung dessen, was ein jeder von ihnen dargelegt oder ausgesagt habe. Das Protokoll wird von allen unterschrieben, die am Prozess beteiligt waren und dies können. In den folgenden vierundzwanzig Stunden erläßt der Bürgermeister das Urteil, von dem die Parteien in Kenntnis gesetzt werden, was in dem im vorigen Absatz genannten Buch verzeichnet wird, ebenso wie die Benachrichtigungen”. Dies wurde ergänzt durch den Königlichen Befehl vom 1. Juli 1848, der Zweifel über das Verständnis der Regel 3 des provisorischen Gesetzes über die Anwendung des Strafgesetzbuches beseitigte.

<sup>82</sup> Zur Veranschaulichung ihrer Aufgaben veröffentlichte er 1856 ein Manual de las atribuciones de los Jueces de paz. Es war recht erfolgreich und wurde mehrmals neu aufgelegt.

<sup>83</sup> Abgesehen von denjenigen, die allgemeiner gefasst waren, wie, um nur einige zu nennen, diejenigen von Pedro GÓMEZ DE LA SERNA und Juan Manuel MONTALBÁN, Tratado académico forense de procedimientos, 2ª ed. arreglada a la ley de enjuiciamiento civil, Madrid, 1856 oder von José VICENTE Y CARAVANTES Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, Madrid, 1856. Dieser erklärt auf S. 5: “Als die neue Reform im Februar durchgeführt wurde, versprochen wir, sobald das Gesetz über gerichtliche Vorgehensweisen gebilligt sei, würden wir es veröffentlichen, mit Erklärungen und in seinen Hauptpunkten mit der alten Gesetzgebung verglichen (...) Nachdem nun die neue Zivilprozessordnung angenommen wurde, können wir unser Vorhaben durchführen. Wir sind weit davon entfernt, uns darauf zu beschränken, eine reine Materienreform über die zivile Vorgehensweise, wie sie von dieser abgeschafft wurde, zu beschreiben, Die

nach der Verkündung der Norm, die sie einsetzt<sup>84</sup>. Dies ist der Fall bei Marcelo Martínez Alcubilla selbst<sup>85</sup>, sowie bei einer Reihe von Juristen, von denen wir, ohne Anspruch auf Vollständigkeit<sup>86</sup>, hier Celestino Mas y Abad<sup>87</sup>, Agustín María de la Cuadra<sup>88</sup>, Antonio Casas y Moral<sup>89</sup>, Pedro Martín Lossantos<sup>90</sup>, Pascual Savall y Dronda<sup>91</sup>, Juan Bautista Simó y Cifuentes<sup>92</sup>, José Murillo<sup>93</sup> oder Mariano Nogués Secall<sup>94</sup> erwähnen können.

Mit Inkrafttreten der Zivilprozessordnung ahnte man schon das bevorstehende und herbeigesehnte Verschwinden der Bürgermeister, wie sie die Verfassung beschrieb, von der Landkarte der Justiz. Jedoch ließ das so bedeutsame Ereignis auf sich warten. Obwohl der berühmte Martínez Alcubilla<sup>95</sup> dies auch ein Jahrzehnt nach ihrer Verkündung weiterhin öffentlich ausrief, musste man doch noch bis zum Gerichtsorganisationsgesetz vom 15. September 1870 und der Strafprozessordnung vom 22. Dezember 1872 warten, bis diese endgültig aus dem Gebiet der Justiz entfernt wurden und gleichzeitig all diese Justizliteratur in Vergessenheit geriet, deren Ziel es gewesen war, ihnen auf einfache und lehrreiche Art und Weise, die komplexe Welt der Justiz nahe zu bringen.

---

neuen und bedeutsamen Grundlagen, wie sie dort festgelegt wurden, haben uns in die Lage versetzt, eine komplette Abhandlung über rechtliche Vorgehensweisen zu verfassen (...).“

<sup>84</sup> In den folgenden Jahren werden weiterhin Werke veröffentlicht, die diese als Adressaten haben. Autoren dieser Bücher sind beispielsweise Remigio Salomón, José Romero, Sebastián Moreno, Santos Hidalgo, José Martín Rodríguez, Quintín González, Emilio Cánovas del Castillo, Fermín Abella, Juan de Dios Rada y Delgado oder José García Cantalapiedra. S. hierzu Fußnote 2.

<sup>85</sup> Manual de las atribuciones..., a. a. O.

<sup>86</sup> S. Fußnote 2.

<sup>87</sup> Manual del juez de paz, Madrid, 1855. Es existiert eine Ausgabe von 1859 mit dem Titel Manual del juez de paz y del alcalde en el ejercicio de funciones judiciales.

<sup>88</sup> Prontuario de los juzgados de paz, ilustrado con observaciones importantes, I, Sevilla, 1855.

<sup>89</sup> Guía de los jueces de paz, Granada, 1856.

<sup>90</sup> Manual de jueces de paz o Lo que deben practicar todos los funcionarios que intervienen en los Juzgados de Paz, para librar los diferentes negocios que les corresponden en los mismos, con arreglo a la nueva Ley de enjuiciamiento y al Real decreto de veinte y dos de Octubre del corriente año, Reus, 1856.

<sup>91</sup> Manual de los jueces de paz y sus secretarios, arreglado a la Ley de Enjuiciamiento civil y órdenes posteriores y a los fueros y observaciones del Reino de Aragón que quedan vigentes, Zaragoza, 1856.

<sup>92</sup> Guía de los jueces de paz y sus secretarios con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento civil, Barcelona, 1856.

<sup>93</sup> Instrucciones del Juez de paz, arreglada a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, Barcelona, 1856.

<sup>94</sup> Práctica forense novísima, según la ley de enjuiciamiento civil, de 5 de octubre de 1855, El Faro Nacional, Madrid, 1856.

<sup>95</sup> Biblioteca de los juzgados de paz o Tratado general teórico-práctico del personal de dichos juzgados, de los negocios de que deben conocer y del modo de proceder en ellos; con formularios para los actos conciliatorios, juicios verbales, abintestatos y testamentarios, deslindes, emplazamientos, depósitos, informaciones posesorias, actas de consentimiento y consejo paterno para contraer matrimonios, etc., etc., etc., y Diccionario manual de legislación y jurisprudencia, en que se compendian las disposiciones más usuales del derecho civil y se insertan literalmente otros muchas de interés general, etc., etc., para uso de los señores jueces de paz y sus secretarios, propietarios y colonos, comerciantes, industriales y otra personas, por..., 4. Aufl. des Manual de los Jueces de paz, Madrid, 1865, S. V, FN: "... üben die Bürgermeister immer noch Gerichtsaufgaben auf dem Gebiet der Strafsachen aus; aber auch für diesen Punkt ist die Reform schon nahe".

# Die Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen und ihr Rechtsquellenbegriff

Lukas Gschwend, Pascale Sutter, St. Gallen/Zürich

Die rechtshistorische Forschung beruht massgeblich auf Rechtsquellen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Quellen des Rechts und Rechtsquellen. Eine panjuristische Sichtweise verhilft zu einem tieferen Verständnis der Rechtsgenese, vermischt indessen ein disziplinär eingrenzbare Verständnis von juristischen Normen. Für die Rechtsgeschichte hilfreich ist ein weit gefasster juristischer Rechtsquellenbegriff, welcher über die Folie des Rechtsquellenbegriffs abschichtbar jene der kulturhistorisch erkennbaren Quellen des Rechts legt. Für Editions Zwecke ist zwangsläufig auf geschriebene Rechtsquellen zurückzugreifen. Ein auf Satzungsrecht reduzierter Quellenbegriff wird den modernen Bedürfnissen transdisziplinärer historischer Forschung nicht gerecht, weshalb die Auswahl weiter zu treffen ist. Dennoch bleibt jede Edition stets eine Auswahl, deren Möglichkeiten beschränkt sind. Selektionskriterien ergeben sich aus Relevanz, Erkenntnisinteressen der adressierten Forscherkreise sowie aus der Repräsentativität der Quellen. Die digitale Edition richtet sich an eine globale research community. Sie macht nicht nur eine erhebliche geographische und disziplinäre Erweiterung der Nutzung möglich, sondern erleichtert und beschleunigt insbesondere durch Suchoptionen die Forschungsarbeit mit den Quellen. Entscheidend für den wissenschaftlichen Wert einer Edition ist die Qualität der Register. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der SSRQ betreiben in Zusammenarbeit mit Computerlinguisten im Bereich der digitalen Erschliessung von Rechtsquellen internationale Pionierarbeit.

Sources of law are the main basis of research of law history. Thereby sources of law have to be divided into sources of law in the narrow sense on the one hand and historical legal texts on the other hand. A panjuristic view leads to a deeper comprehension of the genesis of law, meanwhile, it wears a disciplinary-bounded comprehension of legal rules. Quite helpfully for history of law is the interpretation of the term 'sources of law' in a broad manner, that places the known cultural-historical sources of law as a sheet by sheet removable foil on the historical legal texts. Edition projects fall back on historical legal texts mandatory. To understand sources of law only as legislation, would be an inadmissible reduction, unable to come up to modern need of transdisciplinary research. That's why the choice has to be broader. Still, every edition remains always a selection with a limited potential. Selection criteria result from relevance as well as from the cognition interest of the directed research community and from the representativeness of the source itself. A digital edition addresses a global research community. It not only enable a significant increase of the use in a geographic and disciplinary view, but facilitate and accelerate the research work with sources especially through search options as well. The scientific value of an edition depends crucially on the quality of its register. In cooperation with computer linguists, the employees of the SSRQ pioneer worldwide in the field of digital indexing of sources of law.

En histoire du droit, la recherche repose en premier lieu sur des sources. Parmi celles-ci, il convient de distinguer entre sources du droit au sens strict et au sens large. Une vision panjuridique aide à saisir plus profondément la genèse du droit, mais elle tend à effacer les limites établies par les disciplines traditionnelles dans la compréhension des normes juridiques. L'histoire du droit a tout à gagner à une conception de ses sources très ouverte, qui superpose à dessein sources du droit au sens strict et sources juridiques, dans un sens plus large, relevant de l'histoire culturelle.

Un travail d'édition ne peut porter que sur des sources écrites. Réduire la notion de sources du droit aux seuls textes

statutaires ne satisfait pas aux nécessités modernes de la recherche historique transdisciplinaire. C'est pourquoi il faut déplier l'éventail. Néanmoins, toute édition doit opérer des choix, dans un contexte limité. Ceux-ci se fondent sur des critères tels que la pertinence, les intérêts reconnus des cercles de chercheurs auxquels on s'adresse, ainsi que la représentativité des sources.

L'édition électronique s'adresse à une research community globale. Elle rend non seulement possible une extension importante, tant géographique que disciplinaire, de l'exploitation des sources, mais elle la facilite et l'accélère, notamment par les outils de recherche textuels qu'elle propose. La qualité des index est décisive pour la valeur scientifique d'une édition. Les collaboratrices et collaborateurs des SDS, avec l'appui de linguistes informaticiens, accomplissent dans le domaine de l'indexation électronique des sources du droit un travail pionnier de niveau international.

Die 1894 als Rechtsquellenkommission gegründete und vom Schweizerischen Juristenverein getragene Rechtsquellenstiftung verwirklicht mit der von ihr herausgegebenen Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen (SSRQ) das grösste Editionsunternehmen der Schweiz.<sup>1</sup> Bisher sind 120 Bände oder mehr als 60 000 Seiten rechtshistorisches Quellenmaterial vom Mittelalter bis in die Frühe

<sup>1</sup> Zur Geschichte der Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen vgl. Gschwend Lukas/Sutter Pascale, Geschichte der Rechtsquellenforschung im Kanton St. Gallen mit Ausblick in die digitale Zukunft der Rechtsquellenforschung, in: Neujahrsblatt des Historischen Vereins des Kantons St. Gallen 153 (2013), S. 9–17; Gschwend Lukas, Rechtshistorische Grundlagenforschung: die Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, in: Schweizerische Zeitschrift für Geschichte 58 (2008), Nr. 1, S. 4–19; Gschwend Lukas, Die Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, herausgegeben von der Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins: Ein Monumentalwerk rechtshistorischer Grundlagenforschung, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (2007) I, S. 435–457. Ferner die weitgehend vollständige Bibliographie auf <http://www.ssrq-sds-fds.ch>. Zur Geschichte des Schweizerischen Juristenvereins vgl. Gschwend Lukas/Ingber Karin/Wehrle Stefan, Jubiläumsschrift: 150 Jahre Schweizerischer Juristenverein 1861–2011, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Sonderheft, Basel 2011.



Neuzeit (1798) aus allen Sprachregionen erschienen. Anfangs sollte die „monumentale Edition“<sup>2</sup> in erster Linie Juristen Einblick in die verschiedenen historischen Rechtslandschaften der Schweiz und deren Entwicklung geben, genetische Grundlagen für die damals anstehenden Kodifikationsprojekte liefern und „der nationalen Selbstfindung, -erklärung und -erneuerung“<sup>3</sup> dienen. Heute nutzen neben Rechtshistorikern Wissenschaftler unterschiedlicher Richtungen die SSRQ für die Erforschung ihrer wirtschafts-, sozial-, kultur- und sprachhistorischen Fragestellungen.

Im Folgenden soll ein für die Bedürfnisse der aktuellen Rechtsgeschichte passender Rechtsquellenbegriff skizziert und aufgezeigt werden, wieweit derselbe der SSRQ zugrunde liegt. Sodann wird dargelegt, wie Rechtsquellen der SSRQ heute auf digitalem Weg einer interdisziplinären research community zugänglich gemacht werden, welche Leistungskriterien zu erfüllen sind und welche Herausforderungen sich stellen.

## I. Quellen des Rechts und Rechtsquellen – Eine kulturwissenschaftliche Perspektive

### 1. Rechtsgenese und Quellenfassung

Der Begriff der Rechtsquelle wird in der neueren juristischen Literatur meist im Sinne einer positiven Rechtserkenntnisquelle (Gesetz, Verordnung, Vorschrift, Reglement etc.) verwendet. Umfassender ist die in den 1920er Jahren entwickelte, theoretisch weiter gefasste, rechtsrealistische Definition des dänischen Rechtsphilosophen Alf Ross, der jeden Erkenntnisgrund für etwas als Recht als Rechtsquelle versteht.<sup>4</sup> Wie bedeutsam sich die Frage nach dem Grund für das Verständnis der Rechtsquellen erweist, wird deutlich, wenn man sich die ursprüngliche Bedeutung der Quellenmetapher vor Augen hält: Als Quelle wird der Ort bezeichnet, wo ein fließendes Gewässer erstmals aus dem gewachsenen Boden hervortritt oder jedenfalls dem Menschen erkennbar wird. An seiner Quelle wird Wasser, das sich später zu einem Fluss vereint, erstmals sichtbar. Regen, stehende Gewässer oder unterirdische Grundwasserläufe werden nicht als Quellen bezeichnet. Letztere werden zu Quellen, wenn sie zur Wassergewinnung gefasst werden. Diese Begriffsverwendung impliziert, dass man im hydrologischen Zusammenhang nur dann von Quellen spricht, wenn fließendes Wasser natürlicherweise oder durch Artefakt in seiner Dynamik an der Erdoberfläche erkennbar wird.

Überträgt man nun diesen Quellenbegriff auf das Recht, wird offenkundig, dass nur dann von Rechtsquellen die Rede sein sollte, wenn Recht neu erzeugt bzw. dem Menschen als Recht zugänglich und erkennbar gemacht, offenbart oder verkündet wird. Daraus folgt einerseits, dass nicht jede theoretische Rechtsidee, jede normative Vorstellung a priori bereits eine Rechtsquelle sein kann, ob-

gleich die tatsächlichen Gegebenheiten, Vorstellungen und Wertungen derjenigen, die das Recht bestimmen, seit Montesquieu bisweilen auch als Rechtserzeugungsquellen bezeichnet werden.<sup>5</sup> Andererseits beinhaltet der Rechtsquellenbegriff mehr als die Gesamtheit des positiven Rechts im Sinne einer Gesetzessammlung, denn Recht wird immer wieder neu erzeugt und dem Menschen erkennbar durch dessen Anwendung in der Form von einseitigen Rechtsgeschäften, Verträgen, individuell-konkreten Rechtsanwendungsakten sowie durch die Rechtsprechung. Die metaphorische Annäherung richtet den Blick auch auf das dynamische Element, das jedenfalls für die rechtshistorische Betrachtung essentiell ist.

Wenn wir den hydrologischen Quellenbegriff in seiner Semantik für die Eingrenzung des Rechtsquellenverständnisses noch weiter fruchtbar machen wollen, kann die Frage gestellt werden, was alles zu einer Wasserquelle gehört? Nur das hervorquellende Wasser, die unmittelbare natürliche Einbettung im Boden bzw. die künstliche Fassung oder auch die Hydro- und Geomorphologie, die Hydrostatik, die Temperatur, die chemische Zusammensetzung, das biologische Umfeld etc.? Wer nur nach dem Standort der Quelle eines Flusses fragt, wird sich mit den Koordinaten derselben zufrieden geben, ohne sich eine Vorstellung von der Quelle selbst oder vom Quellgebiet zu machen. Wer eine Quelle für die Gewinnung von Mineralwasser nutzen möchte, dem werden die Herkunft und chemische Zusammensetzung des Wassers sowie die Beschaffenheit des Quellgebiets nicht gleichgültig sein können. Ganz ähnlich variiert der Rechtsquellenbegriff je nach dem quellenspezifischen Erkenntnis- und Verwendungsinteresse des Rechtswissenschaftlers. Dem mit dem geltenden positiven Recht arbeitenden Juristen der Gegenwart werden Quellenangaben im Sinne von Gesetzes- und Vertragshinweisen oder Rechtsprechungszitaten genügen, wobei die weiterführende Auslegung meist über den grammatikalischen Wortlaut hinausgreifen wird.

Stellt man den Begriff der Rechtsquelle jenem der Quelle des Rechts gegenüber, so öffnet sich der Blick. Quellen des Rechts sind etwa der Wille eines zur Rechtserzeugung befugten Herrschaftsträgers, die in einer sozialen Entität vertretenen und kommunizierten Rechtsideen, Traditionen, Sitten und Moralüberlieferungen sowie Rechtsanschauungen, das Rechtsbewusstsein und Rechtsgefühl;<sup>6</sup> in einer Kontraktgesellschaft<sup>7</sup> auch die Interessen der zum Vertragsschluss berechtigten handlungsfähigen Rechtsakteure, die vorherrschende Interpretation einer Gesetzesstelle durch ein Gericht oder der Umsetzungs- und Anwendungswille einer Verwaltungsbehörde, also nicht nur Rechtserzeugungsquellen son-

<sup>2</sup> Blickle Peter, Ordnung schaffen. Alteuropäische Rechtskultur in der Schweiz. Eine monumentale Edition, in: Historische Zeitschrift 268 (1999), S. 121–136.

<sup>3</sup> Gschwend (2007), S. 438.

<sup>4</sup> Vgl. Ross Alf, Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Wien 1929, S. 16.

<sup>5</sup> Vgl. Ossenbühl Fritz, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, Heidelberg/München/Landsberg/Berlin 2007, § 100, Rz. 1–3.

<sup>6</sup> Vgl. dazu u. a. Rehinder Manfred, Rechtssoziologie, 7. A. München 2009, Rz. 118f.

<sup>7</sup> Zum Vertrag als Rechtsquelle vgl. Bühler Theodor, Der Vertrag als Rechtsquelle, Gedanken zur Gerechtigkeit, Bern 2009. Zur Kontraktgesellschaft vgl. Feaver George, From Status to Contract: A Biography of Sir Henry Maine, 1822–1888, London 1969.

dern auch Rechtswertungsquellen, normativ wirksame Kräfte oder eben Quellen des Rechts im weitesten Sinne.<sup>8</sup>

Begreift man jedoch im Sinne eines Panjurismus alle Quellen des Rechts als Rechtsquellen, erfolgt eine Identifikation des Normativen mit dem Recht schlechthin, was im Hinblick auf die Rechtsgenese den analytischen Blick schärfen mag, hinsichtlich einer juristischen Betrachtung indessen eine disziplinäre Fokussierung verunmöglicht. Kulturwissenschaftlich gesehen, sind positive Rechtsquellen nämlich keineswegs etwas Originäres im Sinne einer institutionalisierten Normerzeugung. Rechtsquellen sind vielmehr Produkte kultureller Prozesse, welche als Quellen des Rechts bezeichnet werden können. Sie widerspiegeln Weltanschauungen, sozioökonomische und politische Machtverhältnisse, rechtswissenschaftliche, philosophische, anthropologische, soziologische, psychologische, sprach- und naturwissenschaftliche und anderweitige wissenschaftliche Erkenntnisse und Einsichten, soziale Erfahrungen, zivilisatorische Errungenschaften, Religion, Bräuche, Traditionen und anderweitige normative Einflüsse (Ethik, Sitte, Moral etc.). Quelle des Rechts können der normative Wille zur Bewahrung oder zur Veränderung sein, etwa der Wille zur Zerstörung überkommener Strukturen oder die Überzeugung zur Bewahrung zivilisatorischer Errungenschaften. Sie sind auch Quellen des Zivilisationsprozesses (Norbert Elias).<sup>9</sup> Demnach liegen einer Rechtsquelle stets politische, idealistische, materialistische, historische oder anderweitig motivierte normative Motive zugrunde. Das Recht ist nicht nur Quelle, es ist auch Instrument und positiver Willensausdruck, gleichermassen kulturelles Produkt wie kultureller Grund. Hieraus wird deutlich, dass ein zu eng gefasster positivistischer Rechtsquellenbegriff weder den tatsächlichen Verhältnissen noch den Erkenntnischancen eines kulturwissenschaftlichen Rechtsquellenbegriffs gerecht werden kann.<sup>10</sup>

Die kulturwissenschaftliche Betrachtung lässt sich mit dem juristischen Blick unter Rückgriff auf Max Webers Theorie der Legitimität von Rechtsquellen, seinen Begriff des Rechtsstabs sowie die Zwangstheorie wertschöpfend vereinbaren: Weber hat als Kriterien der Rechtsgeltung die Tradition als Geltung des immer Gewesenen, die affektuelle Anerkennung der Norm (Charisma, Religion) sowie die rationale Anerkennung der Legitimität von Normen (kraft wertrationalen Glaubens oder kraft positiver Satzung) unterschieden.<sup>11</sup> Weber differenziert

Rechtsschöpfung und Rechtsfindung.<sup>12</sup> Den Formcharakter erhält das objektive Recht durch seine Erzwingbarkeit, welche vom Rechtsstab gewährleistet wird.<sup>13</sup> Die Rechtsquelle erscheint als das in eine Form gegossene, umsetzbare Produkt des aus der Quelle des Rechts geflossenen normativen Stoffs.

Theodor Bühler hat 1985 sieben Rechtsindikatoren entwickelt, welche auch für eine kulturellhistorische Betrachtung hilfreich sind. Rechtsquellen liegen demnach vor, wenn es sich bei den fraglichen Quellen um Rechtsätze handelt, Willenserklärungen mit Rechtsfolgen geäußert werden, rechtliche Sanktionsdrohungen vorliegen, soziale Handlungen formal bezeugt werden, Juristen sich zu einem Sachverhalt äussern, ein Richterspruch vorliegt oder eine soziale Handlung einem Rechtsstab zugeordnet werden kann.<sup>14</sup>

## 2. Historische Rechtsquellentypen

Der Rechtsquellenbegriff der älteren Rechtsgeschichte ist stark beeinflusst von der historischen Rechtsschule und den nachfolgenden positivistischen Strömungen. Man bemühte sich im 19. Jh. um eine chronologische und systematische Ordnung der Rechtsquellentypen. So unterscheidet Otto Stobbe in seinem 1860–1864 erschienenen Standardwerk „Geschichte der deutschen Rechtsquellen“<sup>15</sup> vier Perioden, denen er einzelne Rechtsquellentypen zuordnet. In der ersten Periode (bis Ende des 9. Jh.) stellt er die Stammesrechte, die fränkische Reichsgesetzgebung sowie die Formelsammlungen dar. Über die Typologie hinaus geht ein kurzes Kapitel über den Einfluss des römischen Rechts. Die zweite Periode (vom Ende des 9. bis zur Mitte des 15. Jh.) gliedert er rechtsquellentypisch auf in die Rechtsbücher, die Reichsgesetzgebung, die Stadtrechte, Landrechte, Lehn- und Dienstrechte, die bäuerlichen Rechtsquellen sowie das lombardische Recht. In einem kurzen Anschlusskapitel wird die Bedeutung fremder Rechte behandelt. Die dritte Periode beschließt die Zeit von der Mitte des 15. bis zur Mitte des 18. Jh. Die Systematik wird nun zunehmend aufgebrochen. Der erste und längste Abschnitt handelt nicht von Rechtsquellentypen, sondern von der Rezeption des römischen Rechts. Im zweiten Abschnitt wird die humanistische Rechtsliteratur erläutert. Erst der vierte Abschnitt knüpft an die systematische Darstellung an. Es werden Landrechte, Stadtrechte, Halsgerichtsordnungen, Gerichtsordnungen und besondere Gesetze unterschieden. Im fünften Abschnitt werden ausgewählte Stadtrechte, im sechsten Abschnitt ausgewählte Partikularrechte vertieft. Gänzlich verzichtet wird auf eine systematische Typologie in der Darstellung der vierten Periode (Mitte des 18. Jh. bis Mitte 19. Jh.), wo länderspezifisch die Kodifikationsprozesse erläutert werden.

Bereits Stobbe ist sich aber durchaus im Klaren, dass ein

<sup>8</sup> Die rechtssoziologische Seite dieses weiten Verständnisses beschließt der von Eugen Ehrlich geprägte Begriff des „lebenden Rechts“, das die sozialen Verbände hervorbringen und nach dem sie leben. Für die normative Bindung relevant ist die Anerkennung der Norm durch die Rechtsunterworfenen. Vgl. dazu u. a. Röhl Klaus F., *Rechtssoziologie*, Köln/Berlin/Bonn/München 1987, S. 27f.

<sup>9</sup> Vgl. dazu insbesondere Elias Norbert, *Über den Prozess der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, Bd. 2, 28./29. A., Frankfurt a. M. 2007/08.

<sup>10</sup> Zur kulturwissenschaftlichen Betrachtung der Rechtsgeschichte vgl. insbesondere Senn Marcel, *Rechtsgeschichte – ein kulturhistorischer Grundriss*, 4. A. Zürich/Basel/Genf 2007, S. 1ff. sowie Senn Marcel/Gschwend Lukas, *Rechtsgeschichte II – Juristische Zeitgeschichte*, 3. A. Zürich/Basel/Genf 2010.

<sup>11</sup> Vgl. Weber Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der ver-*

*stehenden Soziologie*, 5. A. (besorgt von Johannes Winkelmann), Tübingen 1921/1976, S. 19.

<sup>12</sup> Ebd., S. 388ff.

<sup>13</sup> Ebd., S. 441ff.

<sup>14</sup> Vgl. Bühler Theodor, *Rechtserzeugung – Rechtserfragung – Legitimität der Rechtsquellen*, Bd. 3, Zürich 1985, S. 25–34.

<sup>15</sup> Vgl. Stobbe Otto, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, 2 Bde., Leipzig 1860/64.

historischer Rechtsquellenbegriff über die positive Rechtserzeugung hinausgreifen muss und auch nicht bei generell-abstrakten normativen Quellen verharren darf. Es ist ein kulturwissenschaftlicher Ansatz feststellbar, obgleich er den Rechtsquellenbegriff gegenüber den Forschungsinteressen der Rechtsgeschichte explizit verkürzt. Aufschlussreich ist jedoch seine Umschreibung des Gegenstands einer Geschichte der deutschen Rechtsquellen, welche auch Quellen des Rechts erfasst: „Sie beschäftigt sich einmal mit denjenigen Denkmälern, welche von dem Staat oder der Obrigkeit ausgehen und bestimmt sind, vom Volke im Leben beobachtet und von den Richtern und Urtheilern im Gericht angewendet zu werden (Gesetze, autonome Rechtsquellen, offizielle Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechts), und sodann mit den Schriften, welche ohne öffentliche Autorität unternommen, das Recht einer bestimmten Zeit darstellen und seine Anwendung im Leben zu erleichtern bestimmt sind (die Wissenschaft, die Bearbeitung des Rechts). Von der Aufgabe ausgeschlossen sind die für die Geschichte des Rechts selbst unentbehrlichen, aber nicht als Rechtsquellen im eigentlichen Sinne zu bezeichnenden Berichte über das Recht, wie sie sich gelegentlich in geschichtlichen Quellen finden, und die in den Urkunden zahlreich enthaltenen Nachrichten über Rechtsverhältnisse, Rechtsgeschäfte oder sonstige rechtliche Vorgänge. Wenn auch die letzteren häufig nicht bloss den individuellen Willen einzelner Personen enthalten, sondern entweder ausdrücklich mittheilen oder indirect zu erkennen geben, was das über dem Willen des Einzelnen stehende Gesetz oder die allgemeine Gewohnheit der Zeit vorschreibt, so sind sie doch nur Zeugnisse, aber nicht Quellen oder Bearbeitungen des Rechts. Nur eine Gattung von Urkunden wird berücksichtigt werden: nämlich gerichtliche Entscheidungen von Rechtsstreitigkeiten, soweit dieselben nicht bloss vereinzelt, sondern in grösserer Zahl von demselben Gericht erhalten oder zusammengestellt sind; sie liefern das unmittelbarste Zeugnis für das im Leben von den mit rechtsprechender Autorität versehenen Gerichten angewendete Recht.“<sup>16</sup>

Eine ganz andere eigenständige, teilweise eigenwillige Rechtsquellenlehre legte der Zürcher Rechtshistoriker Theodor Bühler in seinem zwischen 1977 und 1985 erschienenen dreibändigen Werk zur Rechtsquellenlehre vor.<sup>17</sup> Im ersten Band wird die Entwicklung vom Gewohnheitsrecht über das Satzungsrecht zur Kodifikation dargelegt.<sup>18</sup> Der zweite Band untersucht als Rechtsquellenkategorien die Rechtsprechung des Mittelalters, das antike, mittelalterliche und frühneuzeitliche Juristenrecht sowie den Vertrag.<sup>19</sup> Als Rechtserkenntnisquellen werden schriftliches, brauchwürdiges und gegenständliches Überlieferungsgut unterschieden.<sup>20</sup> Es folgt der al-

lerdings wenig überzeugende Versuch einer Rechtsquellen-typologie nach verschiedenen Merkmalen.<sup>21</sup> Im dritten Band unterscheidet Bühler als Arten der Rechtserzeugung: Offenbarung, Spruch, Befehl, Urteil, Schlichtung, Rechtssetzung, Übung und Gewohnheit, Vertragsverhandlungen (Konsens und Zustimmung), Rechtsanwendung, Rechtslehre, privatautonome Rechtsausübung und Ritual.<sup>22</sup> Als Rechtsquellen im klassischen Sinn unterscheidet er Gesetze und Verfügungen, die unkontrollierbare Anordnung, das Gewohnheitsrecht, die Verkehrssitte, das Präjudizienrecht, die Rechtswissenschaft, die Gesetzesmaterialien, den Vertrag, allgemeine Rechtsgrundsätze sowie Mischformen und Composita.<sup>23</sup>

## II. Der Rechtsquellenbegriff der Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen im Wandel der Zeit

Der Begriff der „Rechtsquellen“ ist dynamisch und unterliegt einem historischen Wandel. Bei der Vorbereitung des Editionsprojekts orientierten sich dessen Wegbereiter aus dem Kreise des Schweizerischen Juristenvereins am Rechtsquellenbegriff des 19. Jahrhunderts, wie ihn die historische Rechtsschule geprägt und der aufkommende Positivismus weiterentwickelt hatte.<sup>24</sup> Ähnlich wie Stobbe verfolgten die Herausgeber einen relativ engen, auf Satzungen reduzierten Rechtsquellenbegriff. So enthalten die frühen Bände vor allem Stadtrechte, Gerichtssatzungen, ländliche Statutarrechte, Hofrechte und Offnungen. Der von Ulrich Stutz 1897 edierte Pilotband „Die Rechtsquellen von Höngg“ umfasste sogar ausschliesslich dörfliche Rechtsquellen, namentlich aus dem 14. Jh. die erste Stiftsordnung sowie zwei Kundschaften, aus dem 16. Jh. einen Vertrag, mehrere Beschlüsse, Ordnungen und Eide von Beamten sowie einen Gerichtsbeschluss, sodann die Erneuerung der Offnung, eine Gerichtsordnung, eine Gemeindeordnung und zwei Einzugsbriefe. Aus dem 17. und 18. Jh. sind enthalten zwei Einzugsbriefe, die Bestätigung und Erläuterung der Dorfordnung, die Erneuerung des Stiftsoffnung sowie eine Holzordnung.<sup>25</sup> Obschon gemessen am Anspruch der späteren Bände der Fokus dieses ersten Teilprojekts äusserst eng gefasst war, zeigt sich schon hier die Bereitschaft des Editors, die Rechtsquellenauswahl dem vorgefundenen Stoff anzupassen und ein vertikal wie auch horizontal mannigfaltig koloriertes Bild der historischen Rechtsquellensituation zu erzeugen. Nicht immer wurde an diesen gelungenen Anfang angeknüpft. So beschränken sich etwa die beiden 1910 bis 1915 erschienenen Bände mit den Rechtsquellen des Kantons Zürich auf Offnungen und Hofrechte, welche ihrem Inhalt nach nicht nur reduktiv sondern auch redundant sind und in Anbetracht ihrer einzig nach Dorfnamen strukturierten alphabetischen Ordnung eher an Telefonbücher denn als Rechtsquellensammlung imponieren.<sup>26</sup>

<sup>16</sup> Stobbe, Bd. 1, S. 1f.

<sup>17</sup> Vgl. Bühler Theodor, *Gewohnheitsrecht – Enquête – Kodifikation. Rechtsquellenlehre* Bd. 1, Zürich 1977; ders., *Rechtsquellen-typen. Rechtsquellenlehre* Bd. 2, Zürich 1980; ders., *Rechtserzeugung – Rechtserfragung – Legitimität der Rechtsquellen. Rechtsquellenlehre* Bd. 3, Zürich 1985.

<sup>18</sup> Vgl. Bühler, *Rechtsquellenlehre*, Bd. 1.

<sup>19</sup> Vgl. Bühler, *Rechtsquellenlehre*, Bd. 2.

<sup>20</sup> Vgl. Bühler, *Rechtsquellenlehre*, Bd. 2, S. 116ff.

<sup>21</sup> Vgl. Bühler, *Rechtsquellenlehre*, Bd. 2, S. 130ff.

<sup>22</sup> Vgl. Bühler, *Rechtsquellenlehre*, Bd. 3, S. 41ff.

<sup>23</sup> Vgl. Bühler, *Rechtsquellenlehre*, Bd. 3, S. 121ff.

<sup>24</sup> Vgl. Gschwend (2007), S. 436.

<sup>25</sup> Vgl. Stutz Ulrich, *Die Rechtsquellen von Höngg*, Basel 1897.

<sup>26</sup> Vgl. Hoppler Robert, *Die Rechtsquellen des Kantons Zürich: Erster Teil: Offnungen und Hofrechte*, Bd. 1 und 2, Aarau 1910/1915.



Im Verlauf des 20. Jahrhunderts haben die Projektverantwortlichen in Wechselwirkung mit der research community einen für die Arbeit im historischen Raum der Eidgenossenschaft kongenialen Rechtsbegriff entwickelt.<sup>27</sup> Die SSRQ versteht sich als eine Quellenedition ohne vorgegebene Begrenzung von Umfang und Zeithorizont, sowie ohne statisch definierten Rechts(quellen)begriff. Da die Bearbeiter oft mit einem Zeitraum von bis 500 Jahren konfrontiert sind, bedarf der Rechtsbegriff einer dynamischen und flexiblen Interpretation. Peter Liver unterschied 1955 Rechtserkenntnisquellen im engeren Sinn (Erlasse, Vereinbarungen, Beschlüsse, Rechtsaufzeichnungen, wie Stammesrechte, Offnungen, Rechtsbücher sowie Formelsammlungen, Erzeugnisse der Rechtslehre und Rechtssprichwörter) von den Rechtsquellen im weiteren Sinn (Urkunden über Rechtsakte bzw. zur Erledigung von Streitsachen, Einkünfteverzeichnisse [Urbare, Rödel], chronikalische Berichte über Rechtserzeugnisse). Unter Rechtsquellen im weitesten Sinne verstand er, wie auch sein Berner Kollege Hans Fehr, die Erzeugnisse der Dichtung, bildenden Kunst, der Sagen und des Volksbrauchtums sowie nicht schriftliche Rechtsaltertümer (Wahrzeichen, Symbole, Bauwerke und Gebrauchsgegenstände des Rechts).<sup>28</sup>

Die ständige Auseinandersetzung mit dem Rechtsquellenbegriff unter Berücksichtigung der Bedürfnisse des Forschungsadressatenkreises führte zu einer allmählichen Erweiterung des Rechtsquellenbegriffs. Die SSRQ richtet sich längst nicht mehr hauptsächlich an Juristen, sondern findet ihre Nutzer neben der allgemeinen und Rechtsgeschichte auch in der Sozial-, Kultur- und Wirtschaftsgeschichte, sodann bedient die Edition auch Forschungsinteressen der Volkskunde, der Sprachwissenschaften sowie der Geschlechterforschung und Mentalitätsgeschichte. In den letzten Jahrzehnten erfolgte als klares Bekenntnis zur Interdisziplinarität des Editionsprojekts eine zunehmende Weiterung des Interessenfokus. Quellen, die im engeren oder weiteren Sinn einen juristisch relevanten, normativen Charakter aufweisen, sind daher grundsätzlich in die Sammlung aufzunehmen, soweit dies mit den zur Verfügung stehenden Ressourcen möglich ist. Beabsichtigt ist damit auch die Vermittlung eines Einblicks in die Rechtswirklichkeit, d. h. in den gelebten Rechtsalltag und dessen historische Entwicklung. In jüngerer Zeit werden zunehmend auch Rechtsquellen im weiteren Sinn aufgenommen, wobei sich der Stiftungsrat der die Rechtsquellenedition geradezu grundsätzlich in Frage stellenden Problematik einer panjuristischen Definition der Rechtsquellen im Sinne aller Quellen des Rechts durchaus bewusst ist. Noch immer steht das Satzungsrecht im Vordergrund. Die Sammlung ist heute aber auch offen für wichtige Verträge, besonders bedeutsame Gerichtsurteile und -urkunden sowie für Auszüge aus Notariats-, Ratsprotokoll- und Gerichtsbüchern, Urkundensammlungen, für Schiedssprüche, Anträge, mitunter auch kurze chronikalische Berich-

te. Quellen der Rechtsanwendung können Sinn und Wirkung von Rechtssätzen deutlich machen und sind unerlässlicher Gegenstand moderner historischer Forschung. Nicht oder höchstens in der Form von Regesten aufgenommen werden Rechtsquellen, die in anderen Sammlungen bereits ediert sind. Keine Berücksichtigung finden sodann rechtsideale Quellentexte oder anderweitige wissenschaftliche Arbeiten von Schweizer Juristen des Ancien Régime, zumal diese Schriften i. d. R. publiziert und in den Bibliotheken relativ leicht greifbar sind. Ebenfalls nicht erfasst wurden bisher Bilder, Rechtsgegenstände und rechtsarchäologische Funde. Die kommentierenden Einleitungen zu den Quellenbänden erlauben indessen, auch den weiter gefassten Quellen des Rechts, soweit sie auf die Entstehung und Anwendung der edierten Rechtsquellen Einfluss hatten, Rechnung zu tragen.

Im Übrigen ist die möglichst vollständige, wissenschaftlich authentische Wiedergabe von Quellentexten nach den bewährten Standards der SSRQ sowie deren wissenschaftliche Einbettung in den historischen Kontext das Ziel der Editionstätigkeit.<sup>29</sup>

### III. Auf dem Weg ins Internet: Retrodigitalisierte Sammlung und künftige digitale Edition

Die Kommunikation von Recht ist sowohl für die Rechtserzeugung als auch für die Rechtsgeltung von zentraler Bedeutung. Auch die Erforschung historischen Rechts hängt entscheidend von den Möglichkeiten zur Vermittlung und Kenntnisnahme historischer Rechtsquellen ab. Um die Sichtbarkeit und Nutzung der SSRQ international zu stärken hat der Stiftungsrat der Rechtsquellenstiftung 2009 beschlossen, die bestehende Edition zu retrodigitalisieren und die künftigen Projekte neben einer analogen Fassung auch digital zu edieren und die Produkte ausgestattet mit modernen Nutzungswerkzeugen einer globalen research community zur Verfügung zu stellen.

#### 1. Zielsetzungen

In den letzten Jahren hat die digitale Erschließung von Originalquellen und Editionen im Internet rasant zugenommen.<sup>30</sup> Nach einer zweijährigen Retrodigitalisierungsphase sind seit 2011 die gescannten Seiten aller Bände der SSRQ in einem benutzerfreundlichen Online-Viewer auf <http://www.ssrq-sds-fds.ch/online/> als Faksimiles frei zugänglich.<sup>31</sup> Der Zugriff auf die Quellen erfolgt via Abteilungen/Kantone oder mit Hilfe einer Suche in den Stückverzeichnissen oder nach Datum.

<sup>27</sup> Vgl. Gschwend (2007), S. 444 mit Verweisungen.

<sup>28</sup> Vgl. Peter Liver, Der Begriff der Rechtsquelle, Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, in: Festgabe der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät für den schweizerischen Juristenverein, ZBJV 91bis (1955), S. 1–55, 3f.

<sup>29</sup> Vgl. Gschwend (2007), S. 445.

<sup>30</sup> Vgl. dazu die Überblicksdarstellungen von Sahle Patrick, Urkunden-Editionen im Internet. Einführung und Überblick, in: Archiv für Diplomatik 52, 2006, S. 429–448; Vogeler Georg, Digitale Urkundenbücher. Eine Bestandesaufnahme, in: Archiv für Diplomatik 56, 2010, S. 363–392.

<sup>31</sup> Während der Retrodigitalisierung hat sich gezeigt, dass für Mittel- und Frühneuhochdeutsch noch keine befriedigenden OCR-Resultate erzielt werden können. Der Stiftungsrat hat entschieden, dass alle digitalisierten Texte in derselben Qualität wie die gedruckten Texte vorliegen sollten. Dies hat zur Folge, dass vorerst nur die Faksimiles der Seiten und keine durchsuchbaren Bände zur Verfügung stehen.

In Zukunft werden die neuen Rechtsquellenbände als digitale Volltexte, die mit TEI<sup>32</sup> – einem internationalen Standard zur Codierung digitaler Texte und Editionen – ausgezeichnet sind, in einem Rechtsquellenportal verfügbar sein. Neben der Volltextsuche werden im Text mit Marken ausgezeichnete text- und sachkritische Informationen, wie Streichungen, Nachträge, Datierungen, Masse, Gewichte, Währungen etc., in die Suchoptionen mit einbezogen.<sup>33</sup> Die digital erstellten und miteinander verlinkten Orts-, Personen- und Sachindices sowie das Glossar enthalten analog den klassischen Registern wertvolle Schlüsselinformationen, wie Lebensdaten, Verwandtschaftsbeziehungen, Ortsidentifikationen, Worterklärungen usw., die durchsuchbar sind. Neue Zugangsmöglichkeiten durch die Verknüpfung von historisch wichtigen Informationen mit weiterführenden externen Ressourcen (Geodaten von [ortsnamen.ch](http://ortsnamen.ch) und [swisstopo](http://swisstopo), Historisches Lexikon der Schweiz [HLS], Wörterbücher etc.) werden geschaffen.

Die digitale Edition bietet den Vorteil, dass sie schrittweise Ergebnisse im Internet zur Verfügung stellen kann und die Volltexte sich dank der Auszeichnungen nach den unterschiedlichsten Fragestellungen der verschiedenen Wissenschaftszweige hin durchsuchen und auswerten lassen. Die Hemmschwelle, sich mit schwer lesbaren handschriftlichen Quellen auseinanderzusetzen, fällt, da die Originaltexte gut aufbereitet und jederzeit verfügbar sind, was zu einem neuen Aufschwung insbesondere der regionalhistorischen Forschung in der Schweiz führen wird. Als Nebenprodukt der Rechtsquellenforschung gilt es, die Datenbankfassung und Erschliessung der Quellen einer bearbeiteten Region zu nennen. Auch Quellen, die nicht in der SSRQ publiziert sind, werden über die Archivdatenbanken online der künftigen Forschung verfügbar gemacht.

## 2. Zugriffsarten

### a. Geographischer Zugriff

Anhang 1: Screenshot: Der Katalog (nach Kantonen/Abteilungen) des Online-Viewers der retrodigitalisierten Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen (<http://www.ssrq-sds-fds.ch/online/cantons.html>).

Die SSRQ gliedert sich nach Kantonen (Abteilungen) und hier wiederum nach historischen Verwaltungseinheiten wie Städten, alten Ämtern und Vogteien. In 17 der 26 Kantone sind bisher Bände erschienen. Die Editionen für die beiden kleineren Kantone Glarus und Zug liegen abgeschlossen vor. Sehr weit vorangeschritten ist die Arbeit in den Kantonen Aargau und Bern. Bereits liegen Bände für die Kantone Appenzell Ausserrhoden und Appenzell Innerrhoden, Freiburg, Genf, Graubünden, Luzern, Neuenburg, St. Gallen, Schaffhausen, Solothurn, Tessin, Waadt und Zürich vor. Der Bearbeitungsstand ist jedoch je nach Region sehr unterschiedlich.

Derzeit sind 17 Projekte in Bearbeitung (Stand März 2013), die in der Tabelle im Anhang 2 aufgelistet sind.<sup>34</sup>

Seit ihren Anfängen folgt die Rechtsquellenkommission bei der Bearbeitung der Rechtsquellen dem geographischen Prinzip, in dem sie sich an den heutigen Kantons- und Regionsgrenzen orientiert. Der geographische Zugriff erleichtert die Finanzierung der Projekte, in dem sich Kanton, Gemeinden und regionale Stiftungen mit dem Schweizerischen Nationalfonds die Kosten teilen. Die einzelnen Rechtsquellenbände werden nach den vorliegenden kantonalen Editionsplänen erarbeitet. Somit wird vor Projektbeginn sichergestellt, dass historisch zusammengehörendes Editionsgebiet bzw. eine sinnvolle Editionseinheit bearbeitet wird. Aus der Quellenmasse hat der jeweilige Bearbeitende für seine Region eine repräsentative Auswahl zu treffen, die Auskunft über die Rechtsentwicklung geben und idealerweise auch ein Bild der Rechtswirklichkeit vermitteln.

Die historischen Herrschaftsgebiete folgen jedoch nicht immer den heutigen Kantons- oder Regionsgrenzen, denn oftmals handelt es sich bei einem Editionsgebiet nicht um eine geschlossene Grund- und Gerichtsherrschaft, sondern um Fleckenteppiche konkurrierender Herrschaftsträger, und es gibt Überschneidungen mit benachbarten Ländern, Kantonen und Regionen zu berücksichtigen. Ein Teil der Rechtsquellen zur Abtei und dem Herrschaftsgebiet des Benediktinerklosters Pfäfers im Kanton St. Gallen finden sich verstreut hauptsächlich in St. Galler und Bündner Bänden. Ein Band, der sich allein mit dem Kloster Pfäfers und der schwierigen Quellsituation des Stiftsarchivs Pfäfers mit seinen zahlreichen „Fälschungen“ befasst, wäre wünschenswert. Er würde jedoch den strukturellen Rahmen der Einteilung in kantonale Abteilungen sprengen, nähme aber ein auch heute aktuelles Anliegen von Ferdinand Elsener (1912–1982)<sup>35</sup> auf, der für Bistümer und bedeutende Klöster Sonderreihen ausserhalb der kantonalen Reihen anregte.<sup>36</sup> Der Stiftungsrat der Rechtsquellenstiftung hat 2011 für die projektierte Bearbeitung des ehemaligen Fürstbistums Basel, das sich über mehrere heutige Kantone (Basel-Landschaft, Bern und Jura) erstreckte, das Schema der kantonalen Bearbeitung durchbrochen, da es keinen Sinn macht, dieses historische Herrschaftsgebiet nach der heutigen Kantonseinteilung auseinander zu reissen.

### b. Chronologischer Zugriff

Anhang 3: Screenshot: Die Suche des Online-Viewers der retrodigitalisierten Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen (<http://www.ssrq-sds-fds.ch/online/facets.html>).

Die Rechtsquellenbände ordnen in der Regel die edierten Quellen nach ihrem Entstehungsdatum, d. h. die ältesten

<sup>32</sup> Text Encoding Initiative vgl. <http://www.tei-c.org/>.

<sup>33</sup> Es muss festgehalten werden, dass eine Volltextsuche keinen Ersatz für die Annotationen, insbesondere die Register, darstellt. Ausserdem ist die Volltextsuche für die Quellentexte durch die historische und nicht normierte Schreibung deutlich weniger effektiv als für moderne Texte.

<sup>34</sup> Weiterführende Informationen zu den einzelnen Projekten finden sich unter [www.ssrq-sds-fds.ch](http://www.ssrq-sds-fds.ch).

<sup>35</sup> Zu Ferdinand Elsener vgl. <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D21314.php>, besucht 5. Februar 2013, sowie die Beiträge von Louis Carlen und Friedrich Ebel in: Carlen Louis/Ebel Friedrich (Hrsg.), Festschrift für Ferdinand Elsener zum 65. Geburtstag, Sigmaringen 1977, S. 1–5, 6–8.

<sup>36</sup> Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, XIV. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons St. Gallen, Dritter Teil: Die Landschaften und Landstädte, Band 1: Landschaft Gaster mit Weesen von Ferdinand Elsener, Aarau 1951 (SSRQ SG III/1), S. XXXIX.

Dokumente – hauptsächlich Urkunden aus dem Mittelalter – finden sich am Anfang der Bände. Die früheste Quelle der Sammlung datiert 501 n. Chr., während das späteste edierte Stück aus dem Jahr 1882 stammt. Die im Rahmen der Retrodigitalisierung der SSRQ erfassten fast 36 000 Datierungen können auf <http://www.ssrq-sds-fds.ch/online/> nach Jahren oder Zeiträumen innerhalb des umfangreichen Quellenkorpus gesucht werden. In den Bänden der SSRQ finden sich die unterschiedlichsten Datumsangaben, weshalb Richtlinien zur Erfassung von Datierungen und Zeiträumen festgelegt und mit Beispielen dokumentiert werden mussten. Der normalisierte Datumseintrag nach dem Schema JJJJ-MM-TT (ISO 8601) findet sich unter „Datum“, der Originaleintrag der Edition unter „gedrucktes Datum“. Unsichere Datierungen wurden entsprechend gekennzeichnet. Wenn ein Stück mehrere Datierungen aufweist, wird bei der Suche nur das erste Datum berücksichtigt.

Die Abfrage kann durch die Eingabe von Jahreszahlen auf eine bestimmte Zeitspanne eingegrenzt werden. Bei der Datumssuche nach dem Wechsel des gregorianischen zum julianischen Kalender muss jedoch beachtet werden, dass nicht alle Editoren deklariert haben, ob es sich um eine Datierung nach dem neuen oder alten Stil bzw. dem julianischen oder gregorianischen Kalender handelt. Es ist je nach Region noch zu erforschen, wann der Kalenderwechsel genau stattgefunden hat. Auch in den Archivdatenbanken der verschiedenen Archive ist die Verwendung des gregorianischen oder julianischen Kalenders nicht immer eindeutig. In der Edition wird, wenn sicher identifizierbar, das Datum nach dem gregorianischen Kalender ausgezeichnet.

### c. Thematischer Zugriff

#### dd. Quellengattungen

In den Rechtsquellenbänden werden in der Regel die unterschiedlichsten Quellengattungen berücksichtigt, vorausgesetzt sie enthalten Rechtsquellen. Die SSRQ enthält aber auch einige Bände, die einer bestimmten Gattung von typischen Rechtsquellen gewidmet sind. An erster Stelle sind die Editionen von einer oder mehreren Versionen eines Land-<sup>37</sup> oder Stadtrechts<sup>38</sup> zu nennen. In der französisch- und italienischsprachigen Schweiz beginnt die schriftliche Überlieferung viel früher und dichter als in der Deutschschweiz. Zudem finden sich einige Quellengattungen, die im deutschsprachigen Raum weniger bekannt sind, z. B. Quellen zum Notariatswesen. So widmen sich einige Bände der Sammlung hauptsächlich der Gattung von Notariatsformularbüchern<sup>39</sup>.

Die Edition des ältesten überlieferten Freiburger Notariatsregisters, des „Registrum Lombardorum“ (1356–1359), wird eine zentrale Quelle in lateinischer Sprache zur Geschichte der Stadt und des Kantons Freiburg zugänglich machen. Das „Registrum Lombardorum“ der beiden Notare Peter Nonans und Heinrich von Schwarzenburg zählt über 1 000 Notariatsinstrumente.<sup>40</sup> Der hintere Teil des Registers enthält ausschliesslich Instrumente (rund 200 Stück), welche die Geldgeschäfte der Freiburger Lombarden – die Vorgänger der Juden – betreffen. Das Register gibt einen bunten Querschnitt über Geschäfte, welche die Mitglieder der stadtfreiburgischen Gesellschaft um die Mitte des 14. Jahrhunderts tätigten, von Geldgeschäften über Handel bis zum städtischen Häusermarkt. Bis zu einem gewissen Grad scheint es auch das Register der Stadt Freiburg selber gewesen zu sein. Die Personen des ersten Notariatsbuchs lassen sich anhand des ersten Bürgerbuchs der Stadt Freiburg (1341–1416) grösstenteils identifizieren.

Nachdem das Waadtland 1536 von Bern erobert wurde, erliess der Berner Rat bis zum Ende des Ancien Régime 1798 zur Regierung der Waadt zahlreiche Mandate in deutscher und/oder französischer Sprache, die von Regula Matzinger-Pfister in langjähriger Arbeit gesammelt und in einem chronologisch geordneten Band mit zweisprachigen Registern ediert wurden.<sup>41</sup> Bisher fanden in der Forschung die Mandate und die sogenannten Mandatenbücher, in denen Edikte und Mandate in chronologischer Reihenfolge eingebunden sind, zu wenig Beachtung. Der Inhalt der zum Teil gedruckten Mandate wiederholt sich laufend, wobei die verschiedenen Änderungen jeweils zu berücksichtigen sind. In Städten wie z. B. Zürich oder St. Gallen liegen Protokolle des Rats oder der unterschiedlichsten Ratskommissionen vor, so dass sich die Entstehungsgeschichte einer Verordnung oftmals sehr detailliert nachvollziehen lässt. Ein Rechtsquellenband zur Gattung Mandate stellt einen Editor vor die schwierige Aufgabe, wie er das umfangreiche Material bzw. die vielen Ergänzungen und Abänderungen des Inhalts am leserfreundlichsten darstellt – chronologisch oder thematisch?<sup>42</sup>

#### ee. Rechtshistorische Sachgebiete und der Blickwinkel des Bearbeiters

Obwohl die SSRQ versucht, forschungsneutrale, langlebige Editionen zu publizieren, trägt dennoch jeder Band den Stempel seines Bearbeiters. Besonders gut sichtbar wird dies bei einer Gruppe von Bänden, die aus der Feder

<sup>37</sup> Z. B. Appenzeller Landbücher: Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, XIII. Abteilung: Die Rechtsquellen der Kantone Appenzell, Band 1: Appenzeller Landbücher von Nathalie Büsser mit Registern von Margrit Meyer Kälin, Basel 2009 (SSRQ AR/AI 1).

<sup>38</sup> Z. B. Zürcher Richtebrief: Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, I. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Zürich, Neue Folge, Erster Teil: Die Stadtrechte von Zürich und Winterthur, Erste Reihe: Stadt und Territorialstaat Zürich, Band 1: Zürcher Richtebrief von Daniel Bitterli, Basel 2011 (SSRQ ZH NF I/1/1).

<sup>39</sup> Z. B. Notariatsformularbuch des Ulrich Manot: Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, IX. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Freiburg, Erster Teil: Stadtrechte, Dritte Reihe: Notariatsregister und Notariatsformularbücher, Band 5: Das Notariatsformularbuch des Ulrich Manot von Albert Bruckner,

Aarau 1958 (SSRQ FR I/3/5); *Formulari notarili: Le fonti del diritto svizzero*, XVIII sezione: *Le fonti del diritto del Cantone Ticino*, C. *Formulari notarili*, Volume 1: *Formulari notarili a cura di Elsa Mango-Tomei*, Aarau 1991 (FDS TI C 1).

<sup>40</sup> Vgl. Utz Tremp Kathrin, „Fiat littera ad dictamen sapientum“. Notare, Lombarden und Juden in Freiburg im Üchtland (14. Jahrhundert), Zürich 2012 (*Europäische Rechts- und Regionalgeschichte* 17).

<sup>41</sup> *Les sources du droit suisse, XIX<sup>e</sup> partie: Les sources du droit du Canton de Vaud, C. Epoque bernoise, Tome 1: Les mandats généraux bernois pour le Pays de Vaud 1536–1798 par Regula Matzinger-Pfister*, Bâle 2003.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Ziegler Ernst, *Die Rechtsquellen der Stadt St. Gallen*, in: *Neujahrsblatt des Historischen Vereins des Kantons St. Gallen* 153 (2013), S. 75.



eines einzigen Bearbeitenden stammen, bzw. bei geschlossenen Einheiten: Die kleineren Kantone wie Zug, Genf oder Glarus wurden von einem Editor in fortlaufender Arbeit bearbeitet. Die sehr schaffenskräftigen Editoren der Anfangszeit – Walther Merz (1868–1938)<sup>43</sup>, Friedrich Emil Welti (1857–1940)<sup>44</sup> und Hermann Rennefahrt (1878–1968)<sup>45</sup> – zeichnen verantwortlich für einen grossen Teil der Bände der Kantone Aargau und Bern. Diese dem rechtshistorischen Geist ihrer Epoche verbundenen Rechtshistoriker prägten auch die Stichworte der Sachregister bzw. die Auswahl der Lemmata. In den Bänden von Merz und Welti wurden die einzelnen Sachregistereinträge nach rechtshistorischen Aspekten geordnet.<sup>46</sup> Dieser Ansatz bietet zwar einen direkten Zugang zu den Quellen und im weiteren Sinn auch eine Interpretation der vorliegenden Quellen, jedoch beruht diese Interpretation und Einteilung in fast allen Fällen auf Einzelbeispielen. Nur in seltenen Fällen, meistens im Zusammenhang mit sich wiederholenden Ereignissen wie den Eiden gegenüber Herrschern, kann der gleiche Vorgang mehrfach in den Quellen nachgewiesen werden.

Hermann Rennefahrt orientierte sich bei der Erarbeitung der Berner Stadtrechtsbände an rechtshistorischen Sachgebieten, wie Verfassung und Verwaltung; Staat und Kirche; Zivil-, Straf- und Prozessrecht; Wirtschaftsrecht; Gebiet, Haushalt und Regalien; Polizei und behördliche Fürsorge; Wehrwesen sowie Bildungswesen.<sup>47</sup> Ebenso verfuhr Charles Studer, der seinem zweiten Solothurner Band ein „Inhaltsverzeichnis nach Rechtsgebieten“ voranstellte, in dem er versuchte, die Quellen nach 18 Sachgebieten (Grundlagen des Staates; Politik; Organisation des Staates; Gericht, Gerichtsverfahren, Betreibung, Busen, Notariat; Zunftwesen; Staatskirchenrecht; Zivilrecht; Strafrecht; Sittenordnung; Polizei; Militärwesen; Schule; Finanzwesen; Bauwesen; Gesundheitswesen; Armenwesen; Berufsordnungen und Volkswirtschaft) hierarchisch zu ordnen.<sup>48</sup>

In eine ähnliche Richtung wie der rechtshistorische Ansatz zielen die zahlreichen Register von Anne-Marie Dubler, die in den letzten Jahren eine Vielzahl von Bänden (inkl. Registern) hauptsächlich in den Kantonen

Aargau und Bern bearbeitet hat.<sup>49</sup> Die einzelnen Einträge sind zwar nicht so stark strukturiert wie bei Welti und Merz, jedoch verbirgt sich in ihren Sach-, Orts- und Personenregistereinträgen eine annähernd durchgängige Struktur, indem sie dieselben Stichworte für alle ihre Bände anwendet.

Der Sprach- und Namensforscher Andrea Schorta (1905–1990)<sup>50</sup>, der die Bündner Rechtsquellen des Gotteshausbundes bearbeitete, legte einen separaten Registerband vor, der neben dem romanischen Glossar, ein lateinisches und ein deutsches Glossar, ein Sachregister (in deutscher Standardsprache) sowie Verzeichnisse für Flur- und Ortsnamen bzw. Familiennamen enthält.<sup>51</sup> Auch Konrad Wanner verfolgt in den Glossaren seiner bisher vier Stadtluzerner Bände den lexikographischen Ansatz und beschränkt sich dafür bei den Schlagworten.<sup>52</sup>

Die ersten Bearbeiter diskutieren mit Andreas Heusler-Sarasin (1834–1921)<sup>53</sup>, dem Leiter der Rechtsquellenkommission, ob die aufwändige Registererstellung sich auf „die Rechtswörter“<sup>54</sup> oder „das spezifisch Juristische unter Weglassung des Idiotikons & der Formalen“<sup>55</sup> beschränken sollte. Erstmals wird im hilfswissenschaftlich-editorischen Merkblatt der Rechtsquellenkommission des Schweizerischen Juristenvereins vom 23. Mai 1964 die Registerarbeit geregelt: „Das Register enthält in einem einzigen Alphabet Personen-, Orts- sowie Sachregister und dient gleichzeitig als Glossar. Es muss alle vorkommenden Orts-, Flur- oder Personennamen anführen. Ins Register gehört alles, was für die Rechtsgeschichte materiell, formell oder sprachlich wichtig ist.“<sup>56</sup> Die Wegleitung für die Bearbeitung und Herausgabe der Samm-

<sup>43</sup> <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D27083.php>, besucht 5. Februar 2013.

<sup>44</sup> <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D32177.php>, besucht 5. Februar 2013.

<sup>45</sup> <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D31771.php>, besucht 5. Februar 2013.

<sup>46</sup> Vgl. Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, XVI. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Aargau, Erster Teil: Stadtrechte, Band 1: Das Stadtrecht von Aarau von Walther Merz, Aarau 1898 (SSRQ AG I/1), S. 504: Eid. – Vgl. dazu das Referat von Tobias Hodel und Pascale Sutter zu den „Problemen der Wortregister zu den Schweizerischen Rechtsquellen“, Arbeitsgespräche zur historischen Lexikographie 2010 in Bullay <http://www.uni-trier.de/index.php?id=31721>.

<sup>47</sup> Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, II. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Bern, Erster Teil: Stadtrechte, 12 Bde., von Hermann Rennefahrt, Aarau 1979 (SSRQ BE I/1–12).

<sup>48</sup> Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, X. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Solothurn, Erster Teil: Stadtrechte, Band 2: Mandate, Verordnungen, Satzungen des Standes Solothurn von 1435 bis 1604 von Charles Studer, Aarau 1945–1987 (SSRQ SO I/2), S. 15–42.

<sup>49</sup> Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, II. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Bern, Zweiter Teil: Rechte der Landschaft, 8 Halbbde., von Anne-Marie Dubler, Aarau/Basel 1991–2004 (SSRQ BE II/8–11); Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, XVI. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Aargau, Zweiter Teil: Rechte der Landschaft, Die Freien Ämter II–III, von Jean Jacques Siegrist und Anne-Marie Dubler, Basel 2006–2009 (SSRQ AG II/9–10). Das Register von SSRQ SG II/1/2 (Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, XIV. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons St. Gallen, Zweiter Teil: Die Stadtrechte von St. Gallen und Rapperswil, 1. Reihe: Die Rechtsquellen der Stadt St. Gallen, Band 2: Das Stadtbuch von 1673 von Ernst Ziegler unter Mitwirkung von Ursula Hasler mit einem Register von Anne-Marie Dubler, Aarau 1996) stammt ebenfalls von Anne-Marie Dubler.

<sup>50</sup> <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D42440.php>, besucht 5. Februar 2013.

<sup>51</sup> Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, XV. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Graubünden, B. Die Statuten der Gerichtsgemeinden, Erster Teil: Der Gotteshausbund, Band 4: Indices zu den Statuten der Gerichtsgemeinden sowie zu den Dorfordnungen des Engadins, des Münstertals und des Kreises Bravuogn (Bergün) von Andrea Schorta unter Mitarbeit von Peter Liver, Aarau 1985 (SSRQ GR B/I/4).

<sup>52</sup> Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen, III. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Luzern, Erster Teil: Stadtrechte, 4 Bde. von Konrad Wanner, Aarau/Basel 1998–2012 (SSRQ LU I/1–4).

<sup>53</sup> <http://hls-dhs-dss.ch/textes/d/D14802.php>, besucht 5. Februar 2013. Vgl. ferner den Beitrag über Andreas Heusler-Sarasin in: Kunz Ronald, Geschichte der Basler Juristischen Fakultät 1835–2010, hrsg. von Felix Hafner, Kurt Seelmann und Thomas Sutter-Somm, Basel 2011, S. 211–216.

<sup>54</sup> Brief von Max Gmür an Andreas Heusler-Sarasin vom 28. Oktober 1919: Staatsarchiv Luzern (StALU), PA 333/6.

<sup>55</sup> Brief von Walther Merz vom 31. März 1898: StALU, PA 333/3.

<sup>56</sup> StALU, PA 333/135.

lung Schweizerischer Rechtsquellen, datiert am 29. April 1977, hält im 6. Artikel fast wortwörtlich dasselbe fest.<sup>57</sup>

Das Hauptproblem beim Erstellen der Register gestern wie heute war und ist die Auswahl der Sach- und Glossareinträge. Immer wieder Anlass zu kontroversen Diskussionen gibt die Einteilung in Sachgebiete, die sich einerseits am modernen Recht andererseits an den überlieferten Quelleninhalten orientieren. Themen wie Regimentsbesetzung, Gerichtsverfahren, Ämter und Verwaltung, Bürgerrechte, Pfl eg- und Vormundschaften, Steuern/Abgaben, Verträge, Religion/Kirchensachen, Ehe-, Erb-, Güter- und Schuldrecht, Polizei-, Gewerbe- und Marktordnungen, Bau- und Grenzangelegenheiten, Schule, Fürsorge, Militär und Wache, Feuerschutz, Wasserversorgung, aussenpolitische Beziehungen etc. kommen in jedem Band mehr oder weniger ausführlich vor. Kontrollierte Vokabulare, die auf den bereits bestehenden Sachregistereinträgen der Rechtsquellenbände beruhen, sich aber auch mit anderen Wortlisten, wie sie zum Beispiel für Bibliothekskataloge oder das Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte vorliegen, beziehen, sollten für mehrere Sprachen erarbeitet werden. Die Analyse der bereits bestehenden Stichworte helfen, synonyme Begriffe (Leibeigne/Eigenleute) oder unterschiedliche Schreibweisen (Umgeld/Ungeld) für einen Begriff zusammenzufassen. Cathrin Senn hat in einer Einzelstudie die Sachregister/Glossare von 16 Rechtsquellenbänden computerlinguistisch ausgewertet und dabei eine Schlagwortliste mit rund 5 000 Begriffen extrahiert. Einige Rechtsbegriffe, wie z. B. Erbrecht, aber auch Stichwörter rund um Ämter und Berufe häufen sich signifikant.

Das Sachregister/Glossar ist wie die Auswahl der Quellentexte vom Bearbeitenden geprägt. Je nach Ausbildung, Interesse, Herkunft und vielleicht auch Durchhaltewillen und Motivation eines Editors unterscheiden sich die Auswahlkriterien. Detaillierte Register sind für die Erschliessung des Materials überaus wertvoll und helfen, den Einstieg in die Edition zu finden. Viele Informationen, die auf den ersten Blick nicht ersichtlich sind, lassen sich aus den Registern herauslesen. Daher war die Rechtsquellenkommission bzw. die Rechtsquellenstiftung seit ihren Anfängen darum bemüht, die Qualität der Register hoch zu halten. Der Aufwand lohnt sich, weshalb Peter Blickle bemerkte: „Rühmenswert sind hingegen generell die integral erstellten Register und Glossar wegen ihres hohen Perfektionsgrades.“<sup>58</sup> Auch die künftige digitale Edition kann trotz Volltextsuche auf dieses wichtige Erschliessungsmittel nicht verzichten. Die Diskussion um geeignete kontrollierte Wortlisten, die in Zukunft für alle Editionen zum Tragen kommen werden, ist im Gange. Hier sind aber die Nutzer aller Forschungsrichtungen und die verwandten Institutionen wie HLS, ortsnamen.ch, Idiotikon, Deutsches Rechtswörterbuch etc. aufgefordert, sich an der Erarbeitung zu beteiligen.

#### IV. Fazit

Grundlage jeder rechtshistorischen Forschung sind Rechtsquellen. Dabei handelt es sich keineswegs ausschliesslich um die schriftliche Überlieferung hoheitlicher Anordnungen. Es ist zu unterscheiden zwischen Quellen des Rechts und Rechtsquellen. Jede juristisch relevante Norm erzeugt in irgendeiner Form Recht und ist damit Quelle des Rechts. Rechtsquellen im weiteren Sinne sind schriftliche Zeugnisse i. d. R. herrschaftlicher Regulierung und Normierung. Als Rechtsquellen im engeren Sinn sind primär Satzungen, Einungen und Verträge zu verstehen. Eine panjuristische Sichtweise verhilft zu einem tieferen Verständnis der Rechtsgenese, verwischt indessen ein disziplinär eingrenzbare Verständnis von juristischen Normen. Für die Rechtsgeschichte hilfreich ist ein weit gefasster juristischer Rechtsquellenbegriff, welcher über die Folie des Rechtsquellenbegriffs abschichtbar jene der kulturhistorisch erkennbaren Quellen des Rechts legt, ohne die Schichtung und Qualität der Quellentypen zu vermengen.

Für Editions Zwecke ist zwangsläufig auf geschriebene Rechtsquellen zurückzugreifen. Ein auf Satzungsrecht reduzierter Quellenbegriff wird den modernen Bedürfnissen transdisziplinärer historischer Forschung indessen nicht gerecht, weshalb die Auswahl weiter zu fassen ist. Dennoch bleibt jede Edition stets eine Auswahl, welche aus dem vom Editor durchgeführten Selektionsprozess hervorgeht. Selektionskriterien ergeben sich aus Relevanz, Erkenntnisinteressen der adressierten Forscherkreise sowie aus der Repräsentativität der Quellen.

Die digitale Edition richtet sich gleichermassen an einen fachlich bzw. regional spezifischen Adressatenkreis wie an eine globale research community. Sie macht nicht nur eine erhebliche geographische und disziplinäre Erweiterung der Nutzung möglich, sondern erleichtert und beschleunigt insbesondere durch Suchoptionen die Forschungsarbeit mit den Quellen. Durch diese Vereinfachungen ergeben sich neben Forschungsperspektiven auch Möglichkeiten zur vermehrten didaktischen Integration historischer Rechtsquellen in das Universitätsstudium. Entscheidend für den wissenschaftlichen Wert einer Edition ist die Qualität der Register. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der SSRQ betreiben in Zusammenarbeit mit Computerlinguisten im Bereich der digitalen Erschliessung von Rechtsquellen internationale Pionierarbeit.

<sup>57</sup> StALU, PA 333/135.












<sup>58</sup> Blickle, S. 133.

## Anhang 1

Kanton	Projekttitel	Mitarbeitende	Projektbeginn
Fribourg	Registrum Lombardorum (SDS FR I/3/1)	Lionel Dorthe Kathrin Utz Tremp	2011
Graubünden	Die Rechtsquellen der Gerichtsgemeinden am Hinterrhein (SSRQ GR B III/2)	Adrian Collenberg	2011
Luzern	Stadtrechte, Stadtordnungen und verwandte Quellen (16.–18. Jh.) der Stadt und des Territorialstaates Luzern (SSRQ LU I/5)	Konrad Wanner	2008
Luzern	Die Rechtsquellen des Amtes Entlebuch (SSRQ LU II/3)	Andreas Ineichen	2007
St. Gallen	Die Rechtsquellen des Sarganserlandes (SSRQ SG III/2)	Sibylle Malamud Pascale Sutter	2006
St. Gallen	Die allgemeinen Rechtsquellen des Rheintals (SSRQ SG III/3)	Werner Kuster	2007
Ticino	I decreti dei cantoni svizzeri per i bailaggi comuni di Locarno, Lugano, Mendrisio e Valmaggia (1513–1798) (FDS TI B 1)	Gianna Ostinelli-Lumia	2001
Ticino	Formulari notarili (FDS TI C 2)	Elsa Mango-Tomei	2005
Thurgau	Gemeine Herrschaft und Landeshoheit im Thurgau (SSRQ TG I/1–5)	Doris Stöckly Erich Trösch	1996
Thurgau	Stadt Bischofszell (SSRQ TG II/2)	Martin Salzmann	2007
Valais	Les sources du droit sur Monthey (SDS VS II/2/1)	Gregor Zenhäusern	2000
Wallis	Die Rechtsquellen des Goms (SSRQ VS II/1/1)	Philipp Kalbermatter vakant	1998
Zürich	Stadt und Territorialstaat Zürich II (1460 bis Reformation) (SSRQ ZH NF I/1/2)	Christian Sieber	2011
Zürich	Die Rechtsquellen der Stadt Winterthur I (ab den Anfängen) (SSRQ ZH NF I/2/1)	Bettina Fürderer	2011
Zürich	Die Obervogteien um die Stadt Zürich (SSRQ ZH NF II/11)	Ariane Huber Hernández	2011
Zürich	Landvogtei Greifensee (SSRQ ZH NF II/3)	Rainer Hugener	2011
Zürich	(Gedruckte) Mandate für Stadt und/oder Landschaft Zürich (SSRQ ZH NF I/1/1)	Bettina Fürderer Rainer Hugener Ariane Huber Hernández Christian Sieber	2011



## Anhang 2

Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen - Collection des sources du droit suisse - Collana Fonti del			Info	Suche - Recherche - Ricerca	Fehler - Erreur - Errore
 <b>Rechtsquellenvermittlung</b> Fondation des sources du droit Fondazione per le fonti giuridiche			des Schweizerischen Juristenvereins de la Société suisse des juristes della Società svizzera del giuristi		
	GL	VII. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Glarus	<b>Erster Teil: Die Rechtsquellen der Abtei St. Gallen</b>  <b>1. Reihe: Die Herrschaft des Abtes von St. Gallen</b>  <b>2. Reihe: Die Alte Landschaft</b>  Band 1: Die allgemeinen Rechtsquellen der Alten Landschaft von Walter Müller. 1974. XXXV, 508 Seiten. Broschiert. SSRQ SG I/2/1  Band 3: Die Rechtsquellen der Stadt Wil. Nach Vorarbeiten von Magdalen Blass-Grabher von Peter Erni und Martin Salzmann. 2005. 2 Halbbände, XLIX, 1124 Seiten. SSRQ SG I/2/3  Band 4: Dorfrechte der Alten Landschaft. 1. Band: Alte Landschaft von Max Gmür. 1903. XXXI, 702 Seiten. SSRQ SG I/2/4.1 2. Band: Toggenburg von Max Gmür. 1905. XLV, 708 Seiten. SSRQ SG I/2/4.2		
	ZG	VIII. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Zug			
	FR	IX. partie: Les sources du droit du canton de Fribourg IX. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Freiburg			
	SO	X. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Solothurn			
	BS/St	XI. Abteilung: Die Rechtsquellen der Kantone Basel	<b>Zweiter Teil: Die Stadtrechte von St. Gallen und Rapperswil</b>  <b>1. Reihe: Die Rechtsquellen der Stadt St. Gallen</b>  Band 1: Die Stadtbücher des 14. bis frühen 17. Jahrhunderts von Magdalen Blass-Grabher unter Mitarbeit von Stefan Sonderegger. 1985. II, 443 Seiten. SSRQ SG II/1/1  Band 2: Das Stadtbuch von 1673 von Ernst Ziegler unter Mitwirkung von Ursula Hasler mit einem Register von Anne-Marie Dubler. 1998. LVII, 481 Seiten. SSRQ SG II/1/2  <b>2. Reihe: Die Rechtsquellen der Stadt und Herrschaft Rapperswil</b>  Band 1: Rechtsquellen der Stadt und Herrschaft Rapperswil (mit den Höfen Busskirch / Jona, Kempraten und Wagen) von Pascale Sutter. 2007. 2 Halbbände, LXXVI, 1106 Seiten. 1 Karte. SSRQ SG II/2/1  <b>Dritter Teil: Die Landschaften und Landstädte</b> Band 1: Landschaft Gaster mit Weesen von Ferdinand Eisener. 1961. XXXI, 728 Seiten. SSRQ SG II/3  <b>Laufende Projekte</b> Die Rechtsquellen des Rheintals Die Rechtsquellen des Sargenseerlandes		
	SH	XII. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Schaffhausen			
	AR/AI	XIII. Abteilung: Die Rechtsquellen der Kantone Appenzel			
	SG	XIV. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons St. Gallen			
	GR	XV. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Graubünden XV. partizione: Las funtaunas da dretg dal chantun Grischun XV. sezione: Le fonti del diritto del Cantone dei Grigioni			
	AG	XVI. Abteilung: Die Rechtsquellen des Kantons Aargau			

Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen · Collection des sources du droit suisse · Collana Fonti del

Info Hilfe · Aide · Aiuto Katalog · Catalogue · Catalogo Fehler · Erreur · Error

Rechtsquellenstiftung  
Fondazione delle sorgenti del diritto  
Fondazione per le fonti giuridiche

des Schweizerischen Juristenvereins  
de la Société suisse des juristes  
della Società italiana del diritto

### Filter · Filtres · Filtri

Kanton · Cantons · Cantoni  
Kanton · Cantons · Cantoni

Eingeschränkt auf · Résultats limités à · Risultati limitati a: —

Datum · Date · Data  
SDI 1882

Titel · Titre · Titolo

Sortierung · Ordre · Ordinamento  
Datum · Date · Data  
☐ Absteigend · décroissant · discendente

Für weitere Informationen zur SSRQ online  
verweisen wir auf den [detaillierten Beschreib.](#)  
Pour plus d'informations sur les SDS online,  
veuillez consulter [la description détaillée.](#)  
Per informazioni più approfondite sulle FDS  
online, consultate [la descrizione dettagliata.](#)

### Ergebnisse · Resultats · Risultati

<< >> 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 ... 1792

Kanton Canton Cantone	Band Tome Volume	Datum Date Data	Titel Titre Titolo	Seite Page Pagina	Gedrucktes Datum Date imprimé Data stampata
GR	GR_A_1	0601-01-01 – 0625-12-31	<a href="#">Die Capitula Iustiniani Imperatoris sacra privilegia conditi Ulzerati.</a>	618	Beginn 6. Jh.
GR	GR_A_1	0601-01-01 – 0600-12-31	<a href="#">Die Constitutiones domini Iustiniani Imperatoris pro diversis capitulis episcoporum, monachorum, clericorum.</a>	620	6. – 8. Jh.
GR	GR_A_1	0601-01-01 – 0700-12-31	<a href="#">Excerpt aus Buch V De legibus et temporibus cap. 1 und 2 der Etymologien des Isidor von Sevilla.</a>	652	6. – 7. Jh.
GR	GR_A_1	0601-01-01 – 0700-12-31	<a href="#">Lex Romana Visigothorum. Cod. Greg. X/1, 2; XI/1, 2; XIV/1; XIII/1.</a>	654	6. – 7. Jh.
GR	GR_A_1	0601-01-01 – 0600-12-31	<a href="#">Schlußwort des Subdiakons Quiricus.</a>	656	6. – 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber I.</a>	21	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber II.</a>	45	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber III.</a>	109	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber IV.</a>	157	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber V.</a>	199	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber VI.</a>	227	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber VII.</a>	231	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber VIII.</a>	233	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber IX.</a>	253	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber X.</a>	305	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber XI.</a>	317	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber XII.</a>	337	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber XIII.</a>	345	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber XIV.</a>	349	1. Hälfte 8. Jh.
GR	GR_A_1	0701-01-01 – 0750-12-31	<a href="#">Iber XV.</a>	351	1. Hälfte 8. Jh.

Total: 36935

# Subjektive oder objektive Theorie? – Das historische Argument in der Rechtsdogmatik und Rechtspraxis

Markus Würdinger, Saarbrücken

*Die Bedeutung des historischen Arguments ist in der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis bis heute umstritten; sie ist als zentraler Baustein der juristischen Methodenlehre und jeder Rechtskultur immer wieder Gegenstand leidenschaftlicher Debatten und Diskussionen. Der Beitrag geht auf die aktuellen Entwicklungen in Deutschland ein und zeigt den Wert sowie die Grenzen des historischen Arguments in der Gesetzesauslegung auf.*

*Abstract: The relevance of historical argument remains a subject of dispute between legal scholars and practitioners; as a central element of legal methodology and every legal culture, it is a topic which ignites passionate debate again and again. This article addresses the recent developments in Germany, and shows both the value and the limits of historical argument to any effort to interpret the law.*

*Résumé: Jusqu'à nos jours, l'importance de l'argument historique est sujette à controverse dans la jurisprudence ainsi que dans la pratique juridique. Comme l'élément central de la méthodologie et de chaque culture juridique, il fait l'objet de débats et discussions passionnants. Cet article s'occupe des développements actuels en Allemagne et montre la valeur ainsi que les limites de l'argument historique dans l'interprétation du droit.*

## I. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft und das historische Argument<sup>1</sup>

Nach Karl Larenz ist die Aufgabe der Rechtswissenschaft eine dreifache: „Sie legt die Gesetze aus, sie bildet das Recht ... fort und sie sucht immer aufs neue die Fülle des Rechtsstoffs unter einheitlichen Gesichtspunkten zu erfassen, nicht nur um der äußeren Einheit und Übersichtlichkeit willen, sondern auch, um so weit als möglich eine innere Einheit, eine sachliche Übereinstimmung der einzelnen Regeln herbeizuführen.“<sup>2</sup> In eine Kurzformel gebracht geht es somit um die Gesetzesinterpretation, die Rechtsfortbildung und die Vereinheitlichung des Rechtsstoffs.<sup>3</sup> Hinzunehmen sollte man bei diesem Spektrum eine weitere Spur: die Suche nach dem besseren Recht, die De-lege-ferenda-Perspektive. Neben der Systematisierungsfunktion gibt es somit zwei tragende Säulen der Rechtswissenschaft: die Auslegung und Rechtsfortbildung des geltenden Rechts einerseits und die Ausarbei-

tung des künftigen Rechts – gleichsam am Reißbrett der Wissenschaft als Angebot an den Gesetzgeber – andererseits. Der Rechtswissenschaftler nimmt so die Perspektive des Quasirichters und des Quasigesetzgebers ein und ordnet das Einzelne in das System des Ganzen ein. Die beiden Ebenen de lege lata und de lege ferenda sind – bei aller Schwierigkeit im Detail – zu trennen; für beide ist das historische Argument von Bedeutung.<sup>5</sup>

Die Rechtsgeschichte kann ebenso wie die Rechtsvergleichung ein Motor für juristische Entdeckungen<sup>6</sup> sein. Die Rechtsgeschichte birgt einen Erfahrungsschatz.<sup>7</sup> Sie kann der eigenen Rechtsordnung den Spiegel der Selbstreflexion reichen und bei der Suche nach dem besseren Recht wertvolle Dienste leisten. Mit der Rechtsgeschichte kann man Altes erkennen und Neues entdecken.<sup>8</sup> Das historische Argument wirkt dann nicht selten – der Rechtsvergleichung ähnlich – wie ein wunderbarer Spiegel. Es „öffnet dem Wissenschaftler die Augen für Vorzüge, aber auch Fehler und Mängel des eigenen Rechts, verbessert Wissen und Weisheit.“<sup>9</sup> Das Lernen aus dem vergangenen Recht kann somit für die Zukunft des Rechts von Gewinn sein. Schließlich ist die Zahl der Rechtsfiguren begrenzt; Altes tritt nicht selten in neuem Gewande hervor.<sup>10</sup> Dieses Feld zu bestellen, ist die Aufgabe der Rechts-

<sup>1</sup> Siehe jüngst die Auseinandersetzung zwischen Bernd Rüthers (JZ 2011, 593) und Claus-Wilhelm Canaris (JZ 2011, 879). Siehe ferner die Beiträge von Fleischer, Thiessen, Waldhoff, Seibert und Wedemmann, in: Fleischer (Hrsg.), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“*, 2013. Zum Meinungsstand im 19. Jahrhundert siehe etwa Kohler, *GrünhutsZ* 13 (1886), 1, der sich gegen die damals h.M. wandte, wonach es die Aufgabe der Interpretation sei, zu bestimmen, was der Gesetzgeber gewollt hat. Zu rechtsvergleichenden Beobachtungen jüngst: Fleischer, *AcP* 211 (2011), 317 m.w.Nachw.; zum Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers (jetzt: Unionsgesetzgebers) in der Judikatur des EuGH: Leisner, *EuR* 2007, 689 m.w.Nachw. Stand dieses Beitrags: August 2012.

<sup>2</sup> Larenz, *Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1966, S. 12.

<sup>3</sup> Larenz (Fn. 2), S. 12, der die Wechselwirkung zwischen Rechtsdogmatik und Rechtspraxis wie folgt umschreibt: „Rechtspraxis ohne Rechtswissenschaft ist blind, aber reine Rechtswissenschaft, ohne ständige Auseinandersetzung mit den Problemen, die aus der Praxis auf sie eindringen, ist leer.“

<sup>4</sup> Zum Ziel der Gesetzesbindung: Rüßmann, *Möglichkeiten und Grenzen der Gesetzesbindung*, in: Behrends/Dießelhorst/Dreier (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, 1990, S. 35 (41 f.); Martens, *Rechtstheorie* 42 (2011), 145 (165).

<sup>5</sup> Zur Rechtshistorie und Rechtsdogmatik: Herberger, *Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, 1981, passim; E.Picker, *AcP*, 201 (2001), 763, der kritisiert, dass die symbiotische Verbindung von Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte in der Moderne zerbrochen ist („geschiedene Sparten“); siehe die Beiträge in: J.Eckert, *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, in: FS Hattenhauer, 2003, passim; N.Jansen, *ZNR* 2008, 202.

<sup>6</sup> Zu diesem Terminus: Dölle, *Verhandlungen des 42. DJT*, 1958, B 1 ff. (B12); Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, bearbeitet von Würtenberger/Otto, 11. Aufl. 2010, S. 77 ff.

<sup>7</sup> Zur Rechtsgeschichte als Fundgrube dogmatischer Argumente: Honsell, *Das rechtshistorische Argument in der modernen Zivilrechtsdogmatik*, in: Simon, *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages 1986, 1987*, S. 299 (301 ff.) sowie M.Lipp, *Historisches Argument und Deutsches Privatrecht*, in: Simon, *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages 1986, 1987*, S. 109 ff. (120): „geschichtliche Erkenntnis als eine originäre Erkenntnis von Wirkungszusammenhängen“.

<sup>8</sup> Honsell (Fn. 7), S. 299 (304): „Die Zahl der Lösungsmuster und Regelungsmodelle für die einzelnen Sachprobleme ist begrenzt und in der Geschichte des Rechts sind die meisten von ihnen schon einmal entwickelt worden.“

<sup>9</sup> So zur Rechtsvergleichung Gottwald, in: FS Peter Schlosser, 2005, S. 227; 245.

<sup>10</sup> Siehe etwa zur Problematik der Wirkungen des Schutzes des Schwächeren: Chiusi, *Privatautonomie oder Schutz des Schwächeren*.



historiker. De lege lata muss sich indes nicht nur der Rechtshistoriker<sup>11</sup>, sondern jeder Interpret mit historischen Argumenten im Rahmen der Auslegung auseinandersetzen. Darum soll es im Folgenden gehen.

## II. Der Grundlagenstreit um das historische Argument

Recht und Geschichte sind untrennbar, denn jede Rechtsnorm hat eine eigene Geschichte. Die historische Dimension muss daher bei der Auslegung von Bedeutung sein. Zu Recht zählt die historische Auslegung zum klassischen Auslegungskanon.<sup>12</sup> Umstritten ist aber – immer noch und immer wieder – ihr Stellenwert. Ein traditionsreicher, zuweilen leidenschaftlich geführter Grundlagenstreit besteht bis auf den heutigen Tag.<sup>13</sup> Zwei Theorien stehen dabei für einen juristischen Kulturkampf der besonderen Art.<sup>14</sup> Kommt es bei der Auslegung einer Norm auf den Willen des historischen Gesetzgebers<sup>15</sup> an oder auf die objektive Auslegung des Gesetzes, die sich vom historischen Willen des Normsetzers lösen kann?

### 1. Gesetzgeber oder Gesetz?

Karl Engisch hebt die Streitfrage wie folgt ins Wort: „Wird der Sachgehalt des Gesetzes und damit das letzte „Auslegungsziel“ durch den vormaligen und einmaligen „Willen“ des historischen Gesetzgebers derart bestimmt und festgelegt, dass der Rechtsdogmatiker in die Spuren des Rechtshistorikers treten muss, ... oder aber ruht der sachliche Gehalt des Gesetzes in ihm selbst und in seinen „Worten“ als „Wille des Gesetzes“, als objektiver Sinn, der unabhängig ist von dem „subjektiven“ Meinen und Willen des historischen Gesetzgebers, dafür aber auch notfalls frei beweglich, entwicklungsfähig wie alles, was am „objektiven“ Geist teilhat?“<sup>16</sup> Verkürzt ausgedrückt lautet also die Frage: Gesetzgeber oder Gesetz, Willens- oder Zwecktheorie, subjektive oder objektive Theorie<sup>17</sup>? Auch wenn an der Terminologie „subjektive – objektive Theo-

rie“ immer wieder Kritik geübt wurde<sup>18</sup>, so deuten die Begriffe die unterschiedlichen Richtungen treffend an: Die erste Theorie visiert ein Subjekt an, den Gesetzgeber, während die Gegenposition den Willen des Gesetzgebers häufig überspringt und sogleich auf das Objekt, das Gesetz zugreift, dessen Sinn und Zweck im Zentrum der Auslegung stehe.<sup>19</sup>

### a. Die Argumentationswucht der Materialien

Entgegen vieler gegenteiliger Äußerungen<sup>20</sup> nimmt das historische Argument in der Gesetzesauslegung eine überragende Bedeutung ein.<sup>21</sup> Teilweise wird es mit einer besonderen Argumentationswucht formuliert.<sup>22</sup> Als Beispiel hierfür sei die Rechtsprechung des BGH zum Nutzungsausfallschaden genannt. Liefert etwa der Verkäufer schuldhaft eine mangelhafte Maschine und verzögert sich deswegen deren Inbetriebnahme, so ist der dadurch entstandene Betriebsausfallschaden nach dem BGH unmittelbar nach §§ 437 Nr. 1, 280 Abs. 1 BGB zu ersetzen. Auf die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs kommt es danach nicht an (kein Fall der §§ 280 Abs. 2, 286 BGB). Zur Begründung führt das Gericht u.a. aus:

„Aus den Materialien ergibt sich mit aller Klarheit, dass der Ersatz von Schäden der hier in Rede stehenden Art nicht von dem Vorliegen der Verzugsvoraussetzungen abhängig sein sollte. In der Begründung zu dem Gesetzentwurf heißt es unzweideutig (BT-Drs 14/6040 S. 225): „§ 437 Nr. 3 RE verweist auch auf § 280 Abs. 2 RE, der den Ersatz von Verzögerungsschäden von den zusätzlichen Voraussetzungen des § 286 RE abhängig macht. Das entfaltet insoweit keine Wirkung, als die Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 Satz 1 RE darin liegt, dass der Verkäufer entgegen seiner vertraglichen Verpflichtung aus § 433 Abs. 1 Satz 2 RE eine mangelhafte Sache geliefert hat.“<sup>23</sup>

### b. Der Grundlagenstreit in der Rechtspraxis

Der Grundlagenstreit zwischen den Subjektivisten und den Objektivisten scheint auf den ersten Blick ein Streit unter Rechtswissenschaftlern zu sein. Doch auch die Rechtspraxis ist sich zuweilen der Reichweite dieses Streits bewusst. Manche Gerichte sprechen bei der Ausle-

ren? Zu den Grenzen der Bürgenhaftung, in: Festschrift für Wilfried Fiedler, 2011, S. 841 (856): „Das rechtshistorische Beispiel soll zeigen, dass von materialrechtlichen Überlegungen inspirierte Maßnahmen unter Umständen das Gegenteil von dem bewirken können, was sie erreichen wollen.“

<sup>11</sup> Zum Recht der Germanen heute in der Rechtsprechung siehe etwa Kannowski, JZ 2012, 321 (322 ff.).

<sup>12</sup> Rahlf, in: E. von Savigny u.a., Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, S. 27, wonach die historische Methode diejenige sei, bei der am meisten Unklarheit bestehe.

<sup>13</sup> Konzise Darstellung bei Hassold, ZZZ 94 (1981), 192 m.w.Nachw.; zu didaktischen Beiträgen jüngst Steinrötter, AL 2011, 411; Wälz, ZJS 2010, 482. Der Streit ist – wie die folgenden aktuellen Entwicklungen zeigen – nicht überholt. Anders Honsell (Fn. 7), S. 299 (300).

<sup>14</sup> Hierzu ausführlich E.Fuchs, Juristischer Kulturkampf, 1912, passim.

<sup>15</sup> In England galt lange Zeit die „exclusionary rule“, wonach der Rückgriff auf die Niederschriften parlamentarischer Debatten ausgeschlossen war. Siehe dazu sowie zum methodischen Paradigmenwechsel durch die Grundsatzentscheidung Pepper v. Hart: Fleischer, AcP 211 (2011), 317 (334 ff.); Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, Bd. 2, S. 967 ff.; Hager, Rechtsmethoden in Europa, 2009, Rdnrn. 138 ff.

<sup>16</sup> Engisch (Fn. 6), S. 159 f.

<sup>17</sup> Fleischer, NJW 2012, 2087. In einem anderen Sinne werden diese Termini etwa bei der Auslegung des § 1365 BGB verwendet. Dazu BGHZ 43, 174 = WM 1965, 341. Zu weiteren Beispielen: Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., 1999, § 18 Rdnrn. 763 ff.

<sup>18</sup> Rüthers, JuS 2011, 865 (868); ders., ZRP 2008, 48 (50) spricht von falschen Etiketten; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 6. Aufl., 2011, Rdnr. 796 („unter erstaunlich falsch gewählten und irreführenden Bezeichnungen“); Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 631.

<sup>19</sup> Zum Sinn und Zweck siehe bereits den berühmten Satz von Celsus: Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem (D 1, 3, 17). Hierzu Raisch, Juristische Methoden – Vom antiken Rom bis zur Gegenwart, 1995, S. 15.

<sup>20</sup> Siehe etwa zur allgemeinen Kritik an der Methodenlehre H.Seiler, Praktische Rechtsanwendung. Was leistet die juristische Methodenlehre?, 2009, S. 2, wonach man es als Rechtspraktiker vermeiden sollte, „seine knappe Zeit mit der ohnehin unnützen Lektüre von Werken über Rechtstheorie und juristische Methodenlehre zu verschwenden.“

<sup>21</sup> Röhl/Röhl (Fn. 18), S. 630; Raisch (Fn. 19), S. 145.

<sup>22</sup> Die Bedeutung des historischen Arguments darf freilich nicht vom gewünschten Ergebnis abhängen und damit beliebig eingesetzt werden.

<sup>23</sup> BGHZ 181, 317 = NJW 2009, 2674. Zur teleologischen Auslegung leitet der V. Zivilsenat wie folgt über: „Untermuert wird das Normkonzept des Gesetzgebers schließlich durch teleologische Erwägungen.“ Siehe hierzu auch Grigoleit/Riehm, AcP 203 (2003), 727 (756); dies., JuS 2004, 745.

gung diese methodologische Weichenstellung direkt an, so etwa das Bundessozialgericht in einer Entscheidung aus dem Jahre 2009. In casu ging es um einen Streit über die Versagung einer Witwenbeihilfe nach § 1a Bundesversorgungsgesetz (BVG). Das Gericht hebt auf die methodologische Metaebene wie folgt ab:

„Auch der Sinn und Zweck des § 1a Abs. 1 BVG gibt keine Veranlassung, dessen Wortlaut zu korrigieren. Dies gilt unabhängig davon, ob man für die Ermittlung des gesetzlich Gewollten der subjektiven oder der – in der sozialgerichtlichen Rechtsprechung wohl vorherrschenden<sup>24</sup> ... – objektiven Auslegungstheorie folgt ... . Auch nach der Betrachtungsweise, die nicht auf den Willen des Gesetzgebers (so die subjektive Theorie), sondern auf den in der Vorschrift objektivierten „Willen des Gesetzes“ (so die objektive Theorie) abstellt, werden wichtige Hinweise auf den Sinn und Zweck einer Vorschrift aus ihrer Vor- und Entstehungsgeschichte gewonnen. Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm erkennbar getroffenen Wertentscheidungen stellen daher in jedem Falle eine maßgebliche Richtschnur für die am Gesetzeszweck orientierte Auslegung einer Vorschrift dar ... . Wo diese Merkmale nicht klar zu erkennen sind, lassen sich insbesondere auch objektiv-teleologische Maßstäbe heranziehen. Denn grundsätzlich darf unterstellt werden, dass der Gesetzgeber eine ausgewogene, sachangemessene Regelung treffen wollte, die sich an allgemeingültigen Prinzipien orientiert und sich zudem in das bestehende innere System des Rechts möglichst reibungslos einfügt ... . Je stärker sich also der Gesetzgeber von normierten Prinzipien weg bewegen will, umso eher ist damit zu rechnen, dass ein solcher gewollter Bruch auch in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gekommen ist<sup>25</sup>.“<sup>26</sup>

## 2. Über den Glanz der Methodenlehre

Dieses Beispiel aus der Spruchpraxis des Bundessozialgerichts illustriert deutlich: Derartige methodologische Richtungsstreitigkeiten haben nicht nur punktuelle Auswirkungen. Ihre Bedeutung ist global und reicht in alle juristische Bereiche. Das ist der besondere „Charme“ der Methodenlehre: die Strahlkraft in alle Rechtsgebiete hinein. Gerade im Zeitalter einer überbordenden Rechtsprechung und Literatur ist eine Konzentration auf das Bleibende und damit auf die innere Mitte der Methodenlehre wichtiger denn je. Nur wer methodisch denkt, kann Komplexes reduzieren und den Rechtsstoff komprimieren.<sup>27</sup> Die juristische Methodenlehre kann helfen, Rechtsprechung und Schrifttum auf einen Kern zusammenzudrängen und durch ein Sieb zu jagen, wo Details oder gar Unwesentliches zurückbleiben und nur die reinen und wertvollen Teile durchsickern. Im Zeitalter eines prag-

matischen Methodenpluralismus<sup>28</sup> und einer nicht selten anzutreffenden Entdogmatisierung<sup>29</sup> lohnt es sich daher ganz besonders, Grundlagenfragen verstärkt in den Blick zu nehmen.<sup>30</sup> Ob man der subjektiven oder der objektiven Theorie in der praktischen Anwendung folgt, hat eine Tiefendimension: Es geht um das Ziel der Gesetzesauslegung.<sup>31</sup> Dies ist „eine Grundsatzfrage der Methodenlehre“<sup>32</sup>, eine „Ewigkeitsfrage“<sup>33</sup>, die jede Juristengeneration stets aufs Neue beschäftigt.<sup>34</sup> Methodenfragen sind zudem Verfassungs- und Machtfragen.<sup>35</sup> Eine extensive objektive Theorie kann zu einer Erosion des Rechtsstaats führen und ein Einfallstor für eine „unbegrenzte Auslegung“<sup>36</sup> bieten.

## 3. Die subjektive Theorie und das Hineindenken „in die Seele des Gesetzgebers“

Nach der subjektiven Theorie<sup>37</sup> bedeutet Auslegung in den Worten von Bernhard Windscheid zuerst „Feststellung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten hat verbinden wollen.“<sup>38</sup> Der Rechtsanwender müsse stets bestrebt sein, „sich unter Beachtung aller erreichbaren Momente möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken“.<sup>39</sup> Das Gesetz soll demnach so ausgelegt werden, dass die Regelungsabsicht des Gesetzgebers erreicht werden kann.<sup>40</sup> Nach Savigny heißt Auslegen die „Feststellung

<sup>28</sup> So Kramer, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl., 2010, S. 122 über die Schweizer Judikatur („eklektische Haltung“).

<sup>29</sup> Kritisch jüngst Koziol, AcP 212 (2012), 1 (3): „Dieser Glanz deutscher Dogmatik des bürgerlichen Rechts scheint mir allerdings in jüngerer Zeit doch spürbar zu verblassen.“ Es werde der Eindruck methodischer Beliebigkeit erweckt. „Die juristische Methodenlehre hat sich damit von der strengen Sittenwächterin über saubere, regelkonforme Argumentation zu einem lockeren, ungebundenen juristischen Callgirl, das alle Wünsche erfüllt, gewandelt.“ So Koziol, AcP 212 (2012), 1 (55).

<sup>30</sup> Rüthers, JZ 2006, 53 (54), hat eine kritische Frage gestellt, die nachdenklich stimmen muss: Ist eine ergebnisorientierte methodische Beliebigkeit das herrschende Prinzip in der gegenwärtigen Praxis der Rechtsanwendung in Deutschland? Rüthers kritisiert die oft bewusst eingesetzte methodisch ungenaue Arbeitsweise der Gerichte. Sie erweitere in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise die Normsetzungsmacht und die Eigenwertungsspielräume der Justiz gegenüber der Gesetzgebung. Sie verschiebe die Grenzen der Normsetzungsmacht von der Gesetzgebung auf die Gerichte und trage massiv zur Zersetzung der Rechtssicherheit und einer verlässlichen Dogmatik bei. Rüthers JZ 2006, 53 (54).

<sup>31</sup> Mennicken, Das Ziel der Gesetzesauslegung, 1970, S. 9 ff.

<sup>32</sup> Kramer (Fn. 28), S. 116, der weiter ausführt, dass es „nicht nur um einen praktisch folgenlosen Theorienstreit“ geht.

<sup>33</sup> Fleischer, AcP 211 (2011), 317 (321).

<sup>34</sup> Fleischer, AcP 211 (2011), 317 (321).

<sup>35</sup> Rüthers, NJW 2009, 1461 (1462); zur subjektiven versus objektiven Theorie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: BVerfGE 11, 126 = NJW 1960, 1563; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl., 2006, S. 23 f.

<sup>36</sup> Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. Aufl. 2012, passim.

<sup>37</sup> Siehe dazu Donellus, de jure civile, I, 13, § 2 (Ed. 1840 I, p. 94): „Non enim lex est, quod scriptum est, sed quod legislator voluit, ...“ (zitiert nach Kohler, GrünhutsZ 13 (1886), 1); von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 213; Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 1862, S. 48; Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, 1914, S. 59. Siehe zu einem Überblick über die Protagonisten: Engisch (Fn. 6), S. 160 f. sowie Hassold, ZJP 94 (1981), 192 (193).

<sup>38</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 1862, S. 48.

<sup>39</sup> Windscheid (Fn. 38), S. 49.

<sup>40</sup> Kritisch Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982,

<sup>24</sup> Mit Verweisen auf BSGE 23, 7 (9); BSGE 5, 127(135); BSGE 6, 252 (255).

<sup>25</sup> In diesem Sinne bereits BSGE 23, 7(11) = SozR Nr. 3 zu § 48 BVG.

<sup>26</sup> BSGE 104, 227.

<sup>27</sup> Zu den rechtsdidaktischen Konsequenzen: Würdinger, JuS 2008, 949. Treffend: Rüthers, JuS 2011, 865 (867) in seinem Beitrag „Wozu auch noch Methodenlehre?“. „Bei der juristischen Alltagsarbeit in den Fluten und Nebeln der geltenden Rechtsordnung ist für die Orientierung ein Navigationsgerät unerlässlich. Genau das kann die juristische Methodenlehre bieten.“

des Sinnes, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat.“<sup>41</sup>

Man spricht in diesem Zusammenhang von „historischer“, „genetischer“, „subjektiv-teleologischer“ Auslegung sowie von einer „Auslegung aus der Entstehungsgeschichte“.<sup>42</sup> Die „subjektive Theorie“ stellt also auf den historischen Willen des Gesetzgebers (des Gesetzesverfassers) ab; dessen Motive zu ihrem geschichtlichen Zusammenhang sind maßgebend.<sup>43</sup>

#### 4. Die objektive Theorie und das „Zu-Ende-Denken eines Gedachten“

Nach der „objektiven Theorie“<sup>44</sup> ist Gegenstand der Auslegung das Gesetz selbst, der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers.<sup>45</sup> Diesem Auslegungsziel dienen – wie das Bundesverfassungsgericht konstatiert – „die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung). Um den objektiven Willen des Gesetzgebers zu erfassen, sind alle diese Auslegungsmethoden erlaubt. Sie schließen einander nicht aus, sondern ergänzen sich gegenseitig. Das gilt auch für die Heranziehung der Gesetzesmaterialien, soweit sie auf den objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen.“<sup>46</sup>

Gustav Radbruch bringt die Stoßrichtung der objektiven Theorie wie folgt auf den Punkt: „Nur der Inhalt des Gesetzes selbst entscheidet. Juristische Interpretation ist so nicht Nachdenken eines Vorgeordneten, sondern Zu-Ende-Denken eines Gedachten.“<sup>47</sup> Das Gesetz steht damit nach den Worten von Josef Kohler „dem Verfasser des Gesetzes ebenso als ein Neues, Drittes, ja als ein Fremdes gegenüber, und die Erforschung seiner juristischen Wirkung ist für ihn ebenso eine neue Aufgabe, wie für den Musiker die Zergliederung der Ton-, wie für den Maler die Zergliederung der Farbeneffekte, auf welchen der äs-

thetische Zauber seiner Schöpfung beruht.“<sup>48</sup> Es könne nicht – so Karl Engisch – „unsere Aufgabe sein, uns aus der Gegenwart mit ihren Problemen um Jahre und Jahrzehnte zurückzusetzen in die Seele eines Gesetzgebers, der uns eigentlich nichts mehr angeht.“ Es gehe um eine *interpretatio ex tunc* und nicht um eine *interpretatio ex tunc*.<sup>49</sup> Wer das Gesetz jetzt auslege, suche in ihm eine Antwort auf die Fragen seiner Zeit, wie Claus-Wilhelm Canaris zu bedenken gibt.<sup>50</sup>

#### 5. Der Bilderstreit in der juristischen Methodenlehre: Sind Texte klüger als ihre Verfasser?

Der soeben referierte Grundlagenstreit wird besonders vehement geführt, wenn die Positionen mit Bildern verdeutlicht und angereichert werden. Man kann durchaus vom „Bilderstreit der juristischen Methodenlehre“ sprechen.

Zum juristischen Zitatenschatz gehört die umstrittene Aussage, dass eine Norm klüger ist als ihre Verfasser.<sup>51</sup> Die Spurensuche nach den Ursprüngen dieses Bildes vom klügeren Gesetz führt zu einem berühmten Ausspruch von Gustav Radbruch. In seiner „Rechtsphilosophie“ findet sich die Aussage: „Der Ausleger kann das Gesetz besser verstehen, als es seine Schöpfer verstanden haben, das Gesetz kann klüger sein als seine Verfasser – es muss sogar klüger sein als seine Verfasser.“<sup>52</sup> Und an einer anderen Stelle schreibt Radbruch: „Der Staat, der Gesetzgeber, kann einsichtiger als der Gesetzesverfasser, oder um bei der ungenauen sprichwörtlich gewordenen Fassung zu bleiben: das Gesetz kann einsichtiger als der Gesetzgeber, das Ei klüger als die Henne sein. So die herrschende, trotz ihrer Paradoxie dem heutigen Juristen in Fleisch und Blut übergegangene Lehre.“<sup>53</sup> Die Wurzeln dieser Maxime vom klügeren Gesetz reichen aber weiter zurück. Bereits Heinrich Thöl schreibt in seiner „Einleitung in das deutsche Privatrecht“ aus dem Jahre 1851, dass sich das Gesetz durch die Publikation vom Gesetzgeber losreißt und verselbständigt. Auf dieser Selbständigkeit beruhe es, dass „das Gesetz einsichtiger seyn kann als der oder die Gesetzgeber.“<sup>54</sup> Immanuel Kant ist von dieser Maxime des einsichtigeren Gesetzes ebenso ausgegangen.<sup>55</sup> Gegen diese Sicht wenden Kritiker ein, dass man den Anspruch vertrete, den Autor eines Textes „besser zu verstehen, als er sich selbst verstand.“<sup>56</sup> In

S. 168, wonach die Regel lauten müsse, den semantischen Gehalt der gesetzlichen Norm so festzusetzen, dass die Zwecke des Gesetzgebers erreicht werden.

<sup>41</sup> von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 213.

<sup>42</sup> Siehe zu diesen Formulierungen Koch/Rüßmann (Fn. 40), S. 167 m.w.Nachw.

<sup>43</sup> Zu dieser Charakteristik der subjektiven Theorie: BVerfGE 11, 126 = NJW 1960, 1563.

<sup>44</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 137 sprechen auch von der „Theorie der immanenten Gesetzesdeutung“.

<sup>45</sup> Zu dieser Charakteristik der objektiven Theorie: BVerfGE 11, 126 = NJW 1960, 1563. Kohler, GrünhutsZ 13 (1886), 1 mit Rekurs auf die römische Anschauung von der *voluntas legis*: „... nicht, was der Verfasser des Gesetzes will, ist entscheidend, sondern was das Gesetz will.“ Siehe auch Herresthal, Rechtsfortbildung im europäischen Bezugsrahmen, 2006, S. 228 ff.

<sup>46</sup> BVerfGE 11, 126 = NJW 1960, 1563.

<sup>47</sup> Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., 1969, S. 254, der – mit Rekurs auf Zweigert, RabelsZ 15 (1949/50), 5 ff. – zudem ausführt, dass für die Auslegung des heimischen Rechts mit rechtsvergleichender Methode auch ausländische Lösungen herangezogen werden könnten und spricht von einem „Zu-Ende-Denken eines weltüberall Gedachten“. Dieser Ansatz ist m.E. gefährlich. Nur bei der Suche nach dem besseren Recht ist das ausländische Recht für nationale Lösungen fruchtbar zu machen.

<sup>48</sup> Kohler, GrünhutsZ 13 (1886), 1 (3).

<sup>49</sup> Engisch (Fn. 6), S. 164.

<sup>50</sup> Larenz/Canaris (Fn. 44), S. 139. Das Gesetz „gewinnt so mit der Länge der Zeit mehr und mehr gleichsam ein eigenes Leben und entfernt sich damit von den Vorstellungen seiner Urheber.“ (S. 138).

<sup>51</sup> Hirsch, JZ 2007, 853 (855).

<sup>52</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 207.

<sup>53</sup> Radbruch, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 22 (1906), 355 (413), der weiter ausführt, dass das Gesetz mehr sage, als der Gesetzesverfasser in ihm sagen wollte (S. 416); hierzu Kausch, Kann das Gesetz klüger sein als der Gesetzgeber? – Überlegungen zu Gustav Radbruchs Auslegungstheorie, in: Festschr. Gerhard Otte, 2005, S. 165 (166).

<sup>54</sup> H. Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1851, S. 150.

<sup>55</sup> In diesem Sinne Canaris, JZ 2011, 879 (883) mit Rekurs auf Kant, Kritik der reinen Vernunft, 1781 (2. Aufl. 1787), A 314 bzw. B 370.

<sup>56</sup> Kant, in: Weischedel (Hrsg.), Immanuel Kant, Werkausgabe, Bd. 3/4, Kritik der reinen Vernunft, S. 322; Bollnow, Das Verstehen,



Wahrheit lege man nicht aus, sondern ein.<sup>57</sup> Der Richter werde geradezu herausgefordert, seine Eigenwertung zu verschleiern.<sup>58</sup>

Dieser Bilderstreit hat in der juristischen Methodenlehre jüngst in der rhetorischen Schlacht zwischen Bernd Rüthers<sup>59</sup> und Claus-Wilhelm Canaris<sup>60</sup> um das falsche Geschichtsbild durch ein Porträt von Karl Larenz eine Neuauflage erfahren. Rüthers hält dieses Bild für verfehlt und bringt Kontinuitäten mit der NS-Zeit ins Spiel.<sup>61</sup> Canaris kontert, dass, wer das Gegenteil behaupte, beschämt verstummen sollte, wenn er zur Kenntnis nehmen müsse, dass sogar Kant von dieser Maxime vom klügeren Text ausgegangen sei.<sup>62</sup>

## 6. Vermittelnde Theorien

Nach einer vermittelnden Position ist der Wille des Gesetzgebers zu berücksichtigen, soweit er im Wortlaut des Gesetzestextes einen Niederschlag gefunden hat.<sup>63</sup> Mit einer derartigen Andeutungstheorie versucht man den Gegensatz zwischen subjektiver und objektiver Theorie zu überwinden oder doch zumindest zu entschärfen.

Nach einer anderen Auffassung ist das Alter des Gesetzes entscheidend. Bei älteren Gesetzen sei die demokratische Legitimation schwächer. Es soll bei Gesetzen gerade keine „Herrschaft der Toten über die Lebenden“<sup>64</sup> geben. Demgegenüber gelte bei jungen Gesetzen alleine die subjektive Theorie.<sup>65</sup> Diese Sichtweise könnte man auf folgende „Je-Desto-Formel“ zuführen: Je älter das Gesetz ist, desto unbedeutender ist der Wille des Gesetzgebers. Das Bundesverfassungsgericht hat für diese Sicht eine gewisse Sympathie, wenn es ausführt:

„Zumal bei zeitlich neuen und sachlich neuartigen Regelungen kommt den anhand des Gesetzgebungsverfahrens deutlich werdenden Regelungsabsichten des Gesetzgebers erhebliches Gewicht bei der Auslegung zu ...“<sup>66</sup>

Überwiegend werden Kombinationslösungen vertreten.<sup>67</sup> Diesen Auffassungen ist gemeinsam, dass die beiden Theorien – subjektive und objektive – wie Gerhard Hassold konstatiert, „in reiner Form nicht haltbar“ sind.<sup>68</sup> Je-

der der beiden Theorien liegt – so Larenz/Canaris – „eine Teilwahrheit“ zugrunde.<sup>69</sup>

Nach Hans Christoph Grigoleit kommt dem historisch-genetischen Befund im Verhältnis zur objektiv-teleologischen Auslegung ein „präsumtiver Vorrang“ zu.<sup>70</sup> Wenn sich aus der Gesetzeskompetenz die Vorstellungen der Verfasser verlässlich rekonstruieren lassen, gebühre diesen bei der Auslegung grundsätzlich der Vorrang gegenüber davon abweichenden Auslegungsalternativen, etwa solchen, die auf neueren Erkenntnissen und Bewertungen beruhen.<sup>71</sup> Die außerpositive Rechtsfindung werde hingegen allein durch ihre teleologische Fundierung legitimiert.<sup>72</sup>

Nach Clemens Höpfner<sup>73</sup> verlangt der Grundsatz der Gesetzesbindung vom Rechtsanwender auf der ersten Stufe der Gesetzesanwendung die Regelungsabsichten der Gesetzgebung zur Kenntnis zu nehmen und seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Auf der zweiten Stufe werde dieser durch das Gebot der Methodenehrlichkeit ergänzt. Danach sei der Richter verpflichtet, offen zu legen, ob er die gesetzgeberische Interessenbewertung im Anwendungszeitpunkt noch für maßgebend halte oder ob sich die Umstände seit dem Erlass der Norm derart geändert haben, dass der ursprüngliche Normzweck weggefallen sei.<sup>74</sup>

## 7. Der objektivierter Wille des Gesetzgebers und neue Tendenzen der Rechtsprechung: Ein Comeback der subjektiven Theorie?

Die Rechtsprechung hebt seit Langem auf den sog. „objektivierten Willen des Gesetzgebers“<sup>75</sup> ab.<sup>76</sup> Das Bundesverfassungsgericht bringt dies in ständiger Rechtsprechung auf folgende Formel:

„Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in der Norm zum Ausdruck gekommene objektivierter Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in dem sie steht.“<sup>77</sup>

1949, S. 9 („Was heißt, einen Schriftsteller besser verstehen, als er sich selber verstanden hat?“).

<sup>57</sup> Unübertroffen scharf Rüthers, JZ 2006, 53 (58): Er „will betrügen oder betrügt sich selbst.“ Rüthers, ZRP 2008, 48 (51): „In Wahrheit handelt es sich um eine Täuschung oder Selbsttäuschung der Interpreten.“

<sup>58</sup> Kramer (Fn. 28), S. 128.

<sup>59</sup> Rüthers, JZ 2011, 593.

<sup>60</sup> Canaris, JZ 2011, 879.

<sup>61</sup> Rüthers, JZ 2011, 593 (600).

<sup>62</sup> Canaris, JZ 2011, 879 (883).

<sup>63</sup> Siehe hierzu Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., 2011, § 3 II.3, der zu Recht ausführt, dass damit dem Wortlaut ein zu großes Gewicht beigemessen wird.

<sup>64</sup> Ehrlich, Die juristische Logik, 2. Aufl., 1925, S. 160.

<sup>65</sup> Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., 2011, § 3 III.

<sup>66</sup> BVerfGE 277, 297 = NJW 1981, 39 (42).

<sup>67</sup> Kramer (Fn. 28), S. 133 ff. m.w.Nachw. Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1., 10. Aufl., 2009, S. 490 ff. gehen hingegen von der „Unbrauchbarkeit“ beider Theorien aus.

<sup>68</sup> Hassold, ZRP 94 (1981), 192 (209).

<sup>69</sup> Larenz/Canaris (Fn. 44), S. 137.

<sup>70</sup> Grigoleit, ZNR 2008, 259 (264).

<sup>71</sup> Grigoleit, ZNR 2008, 259 (264).

<sup>72</sup> Grigoleit, ZNR 2008, 259 (265 ff.), der den historischen Argumenten in diesem Bereich eine Inspirations- und Plausibilisierungsfunktion zuweist.

<sup>73</sup> Höpfner, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 148 f.

<sup>74</sup> Höpfner (Fn. 73), S. 149, der davor warnt, dass der Richter unter dem Tarnmantel der Auslegung nicht eigene rechtspolitische Wertungen setzen dürfe. Siehe hierzu auch Rüthers/Höpfner, JZ 2005, 21 (25); Rüthers, JuS 2011, 865 (869).

<sup>75</sup> Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs siehe jüngst BGH NJW 2012, 376 (377): „Ausgangspunkt für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck gekommene objektivierter Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt ... Dem Ziel, den im Gesetz objektivierten Willen des Gesetzgebers zu erfassen, dienen die nebeneinander zulässigen, sich gegenseitig ergänzenden Methoden der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm, ihrem Sinnzusammenhang, ihrem Zweck sowie aus den Gesetzgebungsmaterialien und der Entstehungsgeschichte.“

<sup>76</sup> Scharfe Kritik dagegen bei Rüthers, ZRP 2008, 48 (50): „eine der richterlichen Machterweiterung nützliche Fiktion, ein juristisches Märchen.“

<sup>77</sup> Siehe jüngst BVerfG NVwZ 2012, 504 (505).

Die eingeschränkte Bedeutung historischer Argumente formuliert die Rechtsprechung wie folgt:

„Nur ergänzend ist auch die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Vorschriften heranzuziehen, wenn es erforderlich ist, das Gesetz auf bestimmte Fallgestaltungen anzuwenden, für deren rechtliche Behandlung der Wortlaut und der Sinnzusammenhang des Gesetzes allein, losgelöst von der Entstehungsgeschichte, keine hinreichenden Anhaltspunkte bieten.“<sup>78</sup>

Mit diesem „nur“ ist ausgesagt: die historische Auslegung hat Nachrang. Ihr kommt eine Art Reservefunktion in der Interpretation zu.

Bemerkenswert ist, dass die Rechtsprechung gerade in der jüngeren Zeit wieder stärker zur subjektiven Theorie tendiert und die Bedeutung des Willens des Gesetzgebers betont.<sup>79</sup> So konstatiert das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluss aus dem Jahre 2011, dass sich die zur Auslegung des § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB entwickelte Rechtsprechung zu den „wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen“ unter Anwendung der Berechnungsmethode der sogenannten Dreiteilung vom Konzept des Gesetzgebers zur Berechnung des nachehelichen Unterhalts löse und es durch ein eigenes Modell ersetze. Mit diesem Systemwechsel überschreite sie die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung und verletze Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG). Wörtlich heißt es:

„Der Richter darf sich nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck des Gesetzes entziehen. Er muss die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen. Er hat hierbei den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung zu folgen ... Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den klaren Wortlaut des Gesetzes hintanstellt, keinen Widerhall im Gesetz findet und vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich oder – bei Vorliegen einer erkennbar planwidrigen Gesetzeslücke – stillschweigend gebilligt wird, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein.“<sup>80</sup>

Damit hat die subjektive Theorie ein „kleines Comeback“ gefeiert. Liest man diese Passage in den Kontext der gesamten Rechtsprechung hinein, so lässt sich analysieren, dass die Judikatur ebenfalls einer Kombinationslösung zugeneigt ist.

### III. Eine Beispielpalette oder über die Vielfalt historischer Argumente

Historische Argumente können im Rahmen der historischen Auslegung in unterschiedlicher Weise fruchtbar gemacht werden. Einige Beispiele sollen im Folgenden

überblickt werden. Bestehende Meinungsstreitigkeiten will der Gesetzgeber nicht selten in eine bestimmte Richtung führen und weist darauf in den Materialien ausdrücklich hin (hierzu unter 1.). In neuen Gesetzen rekurriert der Gesetzgeber manchmal auf die Auslegung anderer Gesetze und ihre Formung durch die höchststrichterliche Rechtsprechung; hier absorbiert er nicht selten diese Judikatur (hierzu unter 2.). In den genannten Fällen kommt dem historischen Argument eine Schlüsselrolle zu. Gleichwohl ist zu sagen: Historische Argumente sind nicht bindend; manchmal bedarf es gar ihrer Überwindung, weil sich der Gesetzgeber geirrt oder manche Auswirkungen schlichtweg unbeachtet gelassen hat (unter 3.).<sup>81</sup>

#### 1. Das historische Argument bei der Lösung bisheriger Meinungsstreitigkeiten

Die gesetzgeberische Antwort in Form einer bestimmten Regelung kann konkludent eine Absage an zuvor diskutierte Alternativlösungen sein. Eine derartige Argumentationslinie, die – methodisch gesehen – häufig zu einem Umkehrschluss (*argumentum e contrario*)<sup>82</sup> führt, lässt sich mit einem historischen Argument aufladen, wenn der Gesetzgeber in den Materialien diese Abkehr ausdrücklich postuliert.

Herausgegriffen sei die gesetzgeberische Lösung des Problems der überlangen Verfahrensdauer.<sup>83</sup> Die Justizgewährung als Kehrseite des Selbsthilfeverbots mutiert in solchen Fällen zu einer Hülse ohne Kern.<sup>84</sup> Jedermann hat zwar nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Grundrechtscharta und dem Grundgesetz ein Recht auf ein Verfahren in angemessener Zeit. Allerdings fehlte es in Deutschland lange Zeit an einer wirksamen Rechtsdurchsetzung. Es existierte kein gesonderter Rechtsbehelf. Der Satz „ubi ius, ibi remedium“ (wo es ein Recht gibt, dort gibt es auch einen Rechtsbehelf)<sup>85</sup> war lediglich ein Desiderat. Diese Rechtsschutzlücke wurde erst im Jahre 2011 durch das Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren geschlossen.<sup>86</sup> § 198 Abs. 1 GVG regelt – gleichsam auf der Sekundärebene – einen materiell-rechtlichen Entschädigungsanspruch, normiert also eine Anspruchsgrundlage: Wer infolge unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens als Verfahrensbeteiligter einen Nachteil erleidet, wird entschädigt. Es handelt sich um einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch, einen staatshaftungsrechtlichen Anspruch *sui generis*, der neben § 839 BGB tritt (echte Anspruchskonkurrenz).<sup>87</sup> Ersatzfähig sind alle kausalen

<sup>78</sup> BGHZ 42, 182 = NJW 1964, 2404 mit Rekurs auf BVerfGE 1, 299 (312); BVerfGE 11, 126 (130); BGHZ 33, 321 (330); BGHZ 37, 58 (60).

<sup>79</sup> Zum Kammerbeschluss des BVerfG zur Rügeverkümmern im Strafverfahren: BVerfGE 122, 248 = NJW 2009, 1469, insbesondere mit dem Sondervotum von Voßkuhle, Osterloh und Di Fabio; dazu Möllers, JZ 2009, 668; Rütters, NJW 2009, 1461.

<sup>80</sup> BVerfGE 128, 193 = NJW 2011, 836 (838).

<sup>81</sup> Zur Diskussion über Redaktionsversehen (seit Beginn der 1870er Jahre): J.Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 2. Aufl., 2012, S. 371 ff.

<sup>82</sup> Hierzu im Spannungsfeld zur Analogie: Würdinger/Bergmeister, JURA 2007, 15.

<sup>83</sup> Hierzu Matusche-Beckmann/Kumpf, ZZZ 124 (2011), 173; Alt-hammer, JZ 2011, 446; Magnus, ZZZ 125 (2012), 75; Würdinger, in: Stamm (Hrsg.), FS Helmut Rübmann, 2013, S. 651.

<sup>84</sup> Vorwerk, JZ 2004, 553.

<sup>85</sup> Tiwisina, *Recht auf ein faires Verfahren innerhalb einer angemessenen Frist*, 2010, S. 127 m.w.Nachw.

<sup>86</sup> Dieses Gesetz vom 24.11.2011 ist am 03.12.2011 in Kraft getreten (BGBl I, 2302).

<sup>87</sup> BT-Drucks. 17/3802, S. 19.

Schäden.<sup>88</sup> Der Höhe nach hat sich der Gesetzgeber für folgende grundsätzliche Pauschalisierung entschieden: 1200 € für jedes Jahr der Verzögerung (§ 198 Abs. 2 S. 3 GVG). Es wird vermutet, dass ein immaterieller Schaden in dieser Höhe besteht.<sup>89</sup> Voraussetzung für eine Entschädigung ist, dass der Verfahrensbeteiligte die Dauer des Gerichtsverfahrens gerügt hat. Anders gesagt: ohne Verzögerungsrüge im Ausgangsverfahren keine Entschädigung im späteren Sekundärprozess. Den Verfahrensbeteiligten trifft also eine Rügeobliegenheit, andernfalls ist der materiell-rechtliche Entschädigungsanspruch nicht gegeben.

Diese Entschädigungslösung in Kombination mit dem präventiven Ansatz einer Verzögerungsrüge im Ausgangsverfahren hat Auswirkungen auf die bisherige uneinheitliche Rechtsprechung zur außerordentlichen Untätigkeitsbeschwerde. Diese Regelung ist eine bewusste Abkehr von der ursprünglich anvisierten Untätigkeitsbeschwerde. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass es gerade keine außerordentliche Untätigkeitsbeschwerde im Zivilprozessrecht geben soll. Die Vorschriften über die Beschwerde (§§ 567 ff. ZPO) können nicht mehr analog in Ansatz gebracht werden; es fehlt an einer planwidrigen Regelungslücke. Diese Sicht wird durch das folgende historische Argument gestützt. In den Materialien heißt es:

„Mit dem neuen Entschädigungsanspruch werden die verschiedenen von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsbehelfskonstruktionen ... grundsätzlich hinfällig, weil die Entschädigungsregelung das Rechtsschutzproblem bei überlanger Verfahrensdauer abschließend lösen soll. Dieser Rechtsschutz wird einheitlich und ausschließlich gewährt durch einen außerhalb des Ausgangsverfahrens zu verfolgenden Anspruch. Eine Regelungslücke als Analogievoraussetzung besteht nach Inkrafttreten der Entschädigungsregelung grundsätzlich nicht mehr. Weitergehende Ansprüche aus Amtshaftung werden durch die neue Entschädigungsregelung aber nicht ausgeschlossen.“<sup>90</sup>

Der frühere Meinungsstreit ist damit hinfällig. Der Gesetzgeber hat das beschriebene Regelungskonzept bewusst ausschließlich und abschließend gewählt. Wer von diesem historischen Argument abweichen will, trägt eine Argumentationslast, die in diesem Fall besonders schwer ist.

## 2. Nachträgliche historische Argumente in neuen Gesetzen

Historische Argumente können auch bei neuen Gesetzen auftauchen und für die Auslegung von „alten“ Gesetzen fruchtbar gemacht werden.

Hierzu sei ein Beispiel aus dem Familienrecht herausgegriffen. Grundsätzlich haftet der Schuldner für Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 BGB). Eine Ausnahme für diesen Haftungsmaßstab besteht unter Ehegatten „bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen“ (§ 1359 BGB). Die Ehegatten

haben dort nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen (*diligentia quam in suis*, § 277 BGB). Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH gilt dieser reduzierte Haftungsmaßstab allerdings nicht im Straßenverkehr (teleologische Reduktion des § 1359 BGB).<sup>91</sup> § 4 Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) formuliert den Haftungsmaßstab unter Lebenspartnern in Anlehnung an § 1359 BGB entsprechend. Eine Bereichsausnahme bei Ansprüchen, die sich aus der gemeinsamen Teilnahme am Straßenverkehr ergeben, ist ausweislich der Gesetzesbegründung bewusst unterblieben:

„Soweit die Rechtsprechung diese Haftungs-milderung auf Ansprüche, die sich aus der gemeinsamen Teilnahme am Straßenverkehr ergeben haben, nicht anwenden will ..., dürften die diese Entscheidungen tragenden Gründe auch bei Lebenspartnerschaften zutreffen, so dass diese Ausnahme auch hier Anwendung findet. Im Hinblick auf die gefestigte Rechtsprechung ist eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht für erforderlich gehalten worden.“<sup>92</sup>

Dieses historische Argument betrifft nun sowohl die Auslegung des § 4 LPartG als auch diejenige des § 1359 BGB. Ein historisches Argument des späteren Gesetzes kann somit auch eine Bedeutung für ein früheres Gesetz haben. Dieses zementiert zwar nicht die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung, stärkt diese aber sehr deutlich. Eine Rechtsprechungskehrtwende bedarf somit einer besonderen Argumentationslinie, die auf dieses historische Argument dezidiert eingehen muss.

## 3. Die Überwindung des historischen Arguments: Über irrige Ansichten und Fehler des Gesetzgebers

Die Gesetzesmaterialien sind nicht bindend. Jede Norm ist in das Ganze der Rechtsordnung hineinzulesen. Dabei kann es zu Kollisionen mit dem Willen des historischen Gesetzgebers kommen. Das historische Argument kann selbst dann überwunden werden, wenn der Gesetzgeber *expressis verbis* eine Auslegungsdirektive installiert hat.<sup>93</sup> Schließlich kann sich auch der Gesetzgeber in seinen Motiven irren. Entscheidend ist aber, dass sich der Interpret stets damit argumentativ auseinandersetzt und nicht an den Motiven vorbeigeht.

Ein vorzügliches Beispiel für die erforderliche Überwindung des historischen Arguments findet sich bei der Auslegung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB. Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26.01.1998<sup>94</sup> brachte eine Veränderung beim schweren Raub für die Konstellation, bei der der Täter<sup>95</sup> eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt (§ 250 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB<sup>96</sup>). In den Gesetzesmaterialien heißt es, dass

<sup>91</sup> BGHZ 63, 57 = NJW 1974, 2124.

<sup>92</sup> BT-Drucks. 14/3751, S. 37.

<sup>93</sup> Zum Lückenbegriff in diesem Zusammenhang (Unterscheidung nach der Stellungnahme des historischen Gesetzgebers: „Bewusste und unbewusste“ Lücken): Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, 3. Kap. 2. Abschn. A.

<sup>94</sup> BGBl. I 164 ff.

<sup>95</sup> Oder ein anderer Beteiligter am Raub.

<sup>96</sup> Siehe parallel dazu auch § 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB und § 244 Abs. 1 Nr. 1 a) StGB.

<sup>88</sup> Ausführlich Althammer/Schäuble, NJW 2012, 1 (3 ff.).

<sup>89</sup> Kritisch gegen diese Pauschalisierung: Matusche-Beckmann/Kumpf, ZJP 124 (2011), 173 (187).

<sup>90</sup> BT-Drucks. 17/3802, S. 16.



dieser Oberbegriff des gefährlichen Werkzeugs dem heutigen § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB (bei der gefährlichen Körperverletzung) entnommen ist, so dass „zur Auslegung auf die hierzu entwickelten Grundsätze“<sup>97</sup> zurückgegriffen werden könne. Nach diesem historischen Argument ist somit die Definition dieses Begriffs bei der gefährlichen Körperverletzung maßgebend. Ein Gegenstand fällt nach der Rechtsprechung unter § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenn er nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen.<sup>98</sup> Diese konkrete Betrachtung verträgt sich jedoch nicht mit § 250 Abs. 1 Nr. 1a) StGB, wonach das Beisichführen dieses Gegenstands ausreicht, ohne dass es zu einer Verwendung kommen muss. Das Verwenden eines gefährlichen Werkzeugs ist weiter strafschärfend, wie der Qualifikationsstatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zeigt. Damit kann die konkrete Art der Verwendung kein Begrenzungsmerkmal des § 250 Abs. 1 Nr. 1a) StGB sein. Die vom Gesetzgeber intendierte einheitliche Auslegung des gefährlichen Werkzeugs in § 250 Abs. 1 Nr. 1a) StGB und § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB wird daher in der Judikatur und im Schrifttum zu Recht als „dogmatisch verfehlt bzw. systemwidrig“<sup>99</sup> angesehen. Von einer irrigen Ansicht des Rechtsausschusses des Bundestages ist die Rede.<sup>100</sup> Auch wenn eine einheitliche Auslegung des Ausdrucks „gefährliches Werkzeug“ gewollt war: Sie ist undurchführbar und im Sinne einer Gesamtstimmigkeit nicht vertretbar. Dies führt zu einer ungewollten Relativität der Rechtsbegriffe.

Es ist zum einen begrüßenswert, dass bei dieser strafrechtlichen Streitfrage eine intensive Beschäftigung mit dem historischen Argument stattfand. Zum anderen ist die Überwindung des historischen Arguments in casu überzeugend. Dieses Beispiel verdeutlicht: Das historische Argument ist bedeutend, aber nicht bindend. Wenn der Gesetzeswortlaut überwunden werden kann, dann erst recht der geäußerte Wille des Gesetzgebers, der nicht auf einer legislativen Augenhöhe mit dem Wortlaut steht (argumentum a fortiori). Wer jedoch vom historischen Argument abweicht, trägt die Argumentationslast. Damit wird aber auch deutlich: Fehlt ein historisches Argument in den Materialien, so hat es der Interpret immer leichter, eine vom Gesetzgeber intendierte Wirkung einer Norm anders zu interpretieren.<sup>101</sup>

<sup>97</sup> Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 13/9064 S. 18.

<sup>98</sup> Ständige Rechtsprechung, siehe etwa BGH NStZ 2007, 95.

<sup>99</sup> BGHSt 52, 258 (262) m.w.Nachw.

<sup>100</sup> Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 250 Rdnr. 6. Siehe auch ders., § 244 Rdnrn. 14 ff. mit einem Überblick über die zahlreichen Lösungsvorschläge im Schrifttum und der Schlussfolgerung: „Der Gesetzgeber muss den Fehler korrigieren.“ (Rdnr. 15).

<sup>101</sup> Ein eindrucksvolles Beispiel, das hier nur kurz angedeutet werden kann, ist die Auslegung des § 28e Abs. 1 S. 2 SGB IV. Intendiert war eine Fernwirkung im Insolvenzanfechtungsrecht, die jedoch nicht in die Gesetzesmaterialien aufgenommen wurde. Dies machte es für den BGH leichter, eine andere Auslegung vorzunehmen, wonach die Zahlung der Arbeitnehmeranteile zu den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen als Rechtshandlung des Arbeitgebers im Insolvenzverfahren über dessen Vermögen als mittelbare Zuwendung an die Einzugsstellen angefochten werden kann. BGH NJW 2010, 870.

#### IV. Eigene Stellungnahme: Plädoyer für eine gemischt subjektiv-objektive Theorie

Betrachtet man den rhetorisch fulminant geführten Richtungsstreit aus der Vogelperspektive, so lässt sich analysieren: Umstritten ist vor allem, ob es nur auf eine objektive Theorie ankommt oder ob eine gemischte Theorie den Vorzug verdient (Kombinationslösung; Vereinigungslehre).

##### 1. Die Auslegung: Kein Prokrustes-Bett

In einer isolierten und exklusiven Sicht wird die subjektive Theorie heute in Deutschland zu Recht kaum mehr vertreten. Großen Kritikern der objektiven Theorie geht es vor allem darum, dass der Richter die Fortbildung des Gesetzesrechts nicht als objektive Auslegung verkleiden dürfe. Vielmehr müsse er sie offen legen, damit über die Klugheit der konkreten Rechtsfortbildung<sup>102</sup> und über Sachgründe diskutiert werden könne.<sup>103</sup> Diese Mahnung hat seine Berechtigung. Die Gefahr, dass die Auslegung zur „Einlegung“ mutiert<sup>104</sup> und die Trennlinie der Gewaltenteilung aufgehoben wird, gilt es zu bannen. Die Auslegung ist kein Prokrustes-Bett: Sie darf – unter dem Deckmantel der objektiven Theorie – nicht ergebnisorientiert entscheiden und passend machen, was nicht passend ist.<sup>105</sup>

##### 2. Gegen eine Vergangenheitsfixierung: Die Dynamik der Rechtsordnung und der Wandel der Normsituation

Dennoch kann und darf es keine strenge Bindung an den historischen Willen des Gesetzgebers geben. Gegen eine Vergangenheitsfixierung und für ein „aggiornamento“<sup>106</sup> der Gesetzgebung sprechen die Dynamik der Rechtsordnung sowie der Wandel der Normsituation.<sup>107</sup> Jede Regelung ist in das Ganze der Normen hineinzulesen. Wer eine Vorschrift anwendet, wendet die gesamte Rechtsordnung an und diese wandelt sich durch Gesetzesänderungen und Neuschöpfungen.<sup>108</sup> Anders gesagt: Die Rechtsordnung ist nie statisch, sondern ist stets dynamisch. Zudem können sich stets neue Fallgestaltungen in einer sich je neu verändernden Welt ergeben<sup>109</sup>, auf die die Norm, die nicht selten in einem anderen Zeitgeist geschrieben wurde, eine Antwort geben muss.<sup>110</sup> Gemeint

<sup>102</sup> Zu den fließenden Übergängen von Auslegung und Rechtsfortbildung: C.Fischer, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 40.

<sup>103</sup> Rüthers/Fischer/Birk (Fn. 18), Rdnr. 797.

<sup>104</sup> Rüthers, ZRP 2008, 48 (50): „Objektive Auslegung bedeutet im Kern subjektive Einlegung“.

<sup>105</sup> Siehe hierzu ein methodologisches Bonmot des Bundesverfassungsgerichts: BVerfGE 33, 52 = NJW 1972, 1934: „Die in der Methode an das Vorgehen des Prokrustes erinnernde Auslegung ...“.

<sup>106</sup> Kramer (Fn. 28), S. 129, S. 133: keine „interpretatorische Archäologie“; Herresthal, ZEuP 2009, 600, wonach einerseits der historische Regelungszweck zu beleuchten und andererseits eine gegenwartsbezogene Interpretation durchzuführen sei.

<sup>107</sup> Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 350.

<sup>108</sup> Würdinger, AcP 206 (2006), 946 (956).

<sup>109</sup> Siehe etwa im Familienrecht zum Wandel der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und den Auswirkungen auf eine analoge Anwendung des § 1362 BGB: Löhnig/Würdinger, FamRZ 2007, 1856.

<sup>110</sup> Zu geltungszeitlichen Veränderungen, Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 1992, S. 116.

ist damit vor allem der Wandel aufgrund der rasanten technischen Entwicklung.<sup>111</sup> Die Gerichte müssen immer auch vom Gesetzgeber bei der Ausarbeitung des Gesetzes nicht vorhergesehene Fallkonstellationen entscheiden. Die Rechtsordnung muss für alle denkbaren Interessenkonflikte und Streitfälle eine „passende“ Lösung, d.h. eine in die bestehende Rechtsordnung widerspruchsfrei sich einfügende („systemgerechte“) Lösung bereithalten oder bereitstellen.<sup>112</sup> Nur so kann eine Inkonsistenz der Rechtsordnung abgewendet und dem Gebot der Einzelfallgerechtigkeit, das im Spannungsfeld zur Rechtssicherheit steht, Rechnung getragen werden.

### 3. Die Fragwürdigkeit des Bildes vom klügeren Gesetz

Das vorgestellte Bild vom klügeren Gesetz hat gewiss einen zutreffenden Kern. Das Gesetz enthält keine Gleichungen, die man nach dem einzusetzenden Fall stringent auflösen kann. Der Richter ist kein Subsumtionsautomat<sup>113</sup>, der mathematische Formeln auflöst. Rechtsanwendung ist immer auch schöpferisch. Dennoch ist dieses Bild eine Quelle für Missverständnisse, sodass ihr Nutzen fragwürdig erscheint. Im wahrsten Sinn des Wortes ist das Bild vom klügeren Gesetz schief. Eine Norm kann nicht klug sein – anders als ihre Väter und Mütter<sup>114</sup> – und damit auch nicht klüger als diese. So wörtlich sollte man dieses Bild aber nicht nehmen: Gemeint ist damit, dass eine Norm Auswirkungen haben kann, an die die Urheber nicht gedacht hatten und teilweise auch nicht denken konnten. So verstanden, ist die Aussage richtig. Es muss aber die Einschränkung betont werden, dass die Norm diese Wirkung nur haben kann – d.h. im Einzelfall. Dies bedarf aber stets einer fundierten Begründung, warum vom ursprünglichen Willen des historischen Gesetzgebers abgewichen werden soll. Noch deutlicher: Die so verstandene objektive Theorie darf kein Freibrief für eine unbegrenzte Auslegung sein, die sich von den historischen Ursprüngen löst und das Prinzip der Gewaltenteilung sprengt. Keinesfalls darf es zu methodenunehrlichen Kunstgriffen führen; es bedarf bei jeder Auslegung und Rechtsfortbildung stets einer methodologischen Rückkoppelung.

### 4. Die subjektiv-objektive Theorie als Kombinationslösung

Das „Hineindenken in die Seele des Gesetzgebers“ und das „Zu-Ende Denken des Gedachten“ stehen nicht in einem Ausschließlichkeitsverhältnis, sondern sind zu kombinieren. Zur Gesetzesauslegung gehört als ein wesentlicher Schritt die Erforschung der Entstehungsge-

schichte aus den erreichbaren Materialien.<sup>115</sup> Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers ist also eine „verbindliche Richtschnur“.<sup>116</sup> Dagegen spricht auch nicht, dass der Wille „des Gesetzgebers“ nicht immer leicht zu erforschen ist. Dieser ist oft nicht homogen, sondern ein Resultat von Kompromissen bei unterschiedlichen Konzeptionen und Meinungen. Existiert kein erkennbarer Wille des Gesetzgebers, dann ist das Zwischenergebnis der historischen Auslegung ohne Ertrag. Daraus lässt sich aber kein Argument für die Nichtberücksichtigung des Willens des Gesetzgebers im Falle eines aussagekräftigen historischen Arguments finden. Das Alter des Gesetzes sollte bei alledem nicht entscheidend sein. Maßgebend ist, ob ein historisches Argument aus den Materialien gewonnen werden kann. Dass dies häufig umso schwieriger ist, je älter das Gesetz ist, mag zutreffen. Dies ändert aber nichts daran, dass es einzig auf die Qualität des historischen Arguments ankommen darf. Wer die verbindliche Richtschnur des historischen Gesetzgebers<sup>117</sup> nicht ergreift, läuft Gefahr, in ein interpretatorisches Niemandsland zu springen. Der Wille des historischen Gesetzgebers ist eine notwendige Brücke zum Sinn und Zweck einer Vorschrift. Auslegung bedeutet immer auch die Ermittlung des historischen Normzwecks.<sup>118</sup> Dies ist ein wichtiges Zwischenresultat jeder Auslegung, wenn auch kein zwingendes Endergebnis. Die Gesetzesmaterialien zu berücksichtigen, heißt nicht automatisch, diese befolgen zu müssen. Jedoch trägt derjenige, der vom erkennbaren Willen des Gesetzgebers abweicht, die Argumentationslast. Rechtsfortbildung ist als solche offen zu legen.

### V. Conclusio

In diesem Beitrag ging es darum, den Wert und die Grenzen des historischen Arguments in der Rechtsdogmatik und Rechtspraxis aufzuzeigen. Zu trennen sind die Ebenen *de lege lata* et *ferenda*. Bei der Suche nach dem besseren Recht kann das historische Argument ein Motor für juristische Entdeckungen sein. *De lege lata* gehört die historische Auslegung zum anerkannten Interpretationskanon. Das Ziel der Gesetzesauslegung wird noch heute kontrovers und zuweilen leidenschaftlich diskutiert. Dies zeigt der „Bilderstreit der juristischen Methodenlehre“ eindrucksvoll. Danach ist umstritten, ob die Norm klüger sein kann als ihre Väter und Mütter. Weder der subjektiven noch der objektiven Theorie ist in Reinkultur zu folgen. Vielmehr ist eine Kombinationslösung vorzugswürdig, die sich als subjektiv-objektive Theorie bezeichnen lässt. Demnach muss sich der Interpret in der Tat – wie Windscheid es fordert – „in die Seele des Gesetzgebers“ hineindenken. Er muss aber gegebenenfalls auch – wie Radbruch konstatiert – das Gedachte zu Ende denken. Zwar ist die Auslegung kein Prokrustes-Bett: Was nicht passend ist, darf die objektive Auslegung nicht ohne methodologische Grenzen passend machen. Die

<sup>111</sup> Hirsch, ZRP 2006, 161: „Normen sind statisch, formuliert vor dem Erkenntnis-horizont des historischen Gesetzgebers, das Leben aber fließt.“ Zur überhistorischen Auslegungstheorie bei Radbruch, der bildhaft davon spricht, dass solange uns die Sonne Homers leuchte, sie jedem Zeitalter anders leuchte: Kausch (Fn. 53), S. 165 (173) m.w.Nachw.

<sup>112</sup> Rütters/Fischer/Birk (Fn. 18), Rdnr. 313: „Vieles ist neu unter der Sonne“.

<sup>113</sup> Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat, 1986, passim.

<sup>114</sup> Pointiert Röhl/Röhl (Fn. 18), S. 629: „Klüger ist natürlich nicht das Gesetz, sondern für klüger halten sich seine Interpreten. Sie wollen sich deshalb vom historischen Gesetzgeber lösen.“ Rütters/Fischer/Birk (Fn. 18), Rdnr. 797: „Nicht das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber; es hat keine eigene Intelligenz.“

<sup>115</sup> Rütters, NJW 2011, 1856 (1857).

<sup>116</sup> Larenz (Fn. 42), S. 328.

<sup>117</sup> Siehe Gadamer, der die Geschichtlichkeit des Auslegungsvorgangs als „hermeneutisches Grundprinzip“ bezeichnet. Gadamer, Hermeneutik I, Wahrheit und Methode, 6. Aufl., 1990, S. 270.

<sup>118</sup> Zu einem Dreistufenmodell der Gesetzesanwendung: Höpfner (Fn. 73), S. 144.

einzelne Norm ist aber in das Ganze der sich stets wandelnden Rechtsordnung hineinzulesen. Dies kann zur Überwindung des historischen Arguments führen. Anders gewendet: Das historische Argument ist bedeutend, aber nicht bindend. Diese methodologische Weichenstellung lässt sich in folgende praktische Handreichung für den Interpreten übersetzen: Wer bei der Auslegung einer Norm von der Gesetzesbegründung abweicht, trägt die Argumentationslast.



# Rapport de synthèse: Some reflexions on the methodologies of legal history

Dirk Heirbaut, Ghent

*One can roughly distinguish traditional v. contextual legal history. Unfortunately, a general handbook of methodology is not yet available for contextual legal historians. However, going through the articles in this volume of Rechtskultur, it becomes clear that THE methodology of legal history does not exist, but that there are many fascinating new approaches to the sources of legal history, which can inspire other researchers.*

There may be as many legal histories as there are legal historians and any attempt at describing all of them can only end in failure. At the risk of oversimplifying, one can roughly distinguish two legal histories, which are sometimes called traditional and contextual legal history.<sup>1</sup> Traditional legal history is a 'historic analysis of law' rather than a legal history. This historical legal science is written by lawyers for lawyers and thus reflects the ideas about law that are, even today, still dominant in many European law faculties. Law is seen as autonomous. Like academic lawyers it lives in its own world, undisturbed by social, economic, political or religious changes. The context is not important. In legal history this may lead to a legal history without history. The best example of this approach can be found in the study of the Roman law of antiquity. Some books about ancient Roman law seem to contain everything about law, but nothing about the Romans.<sup>2</sup> To put it bluntly, the Romans could just as well be imaginary Martians living in the future as once living real human beings. This focus on law and nothing but law is deliberate. For these legal historians legal history is the handmaiden of contemporary law and the past is just a tool, though a valuable one, for the study of the present. Therefore, traditional legal history prefers to study the law in the books. This entails for its practitioners the benefit that they have to study only a limited number of sources. In combination with its long history this has turned traditional legal history into a study of details. Anyone not aware of that fact, should just consult the bibliography to a study of Roman law. There, the reader will find not a list of the sources used, in fact he should already be familiar with them, but a long list of the passages of these sources quoted by the author. Traditional legal history has found its best expression in studies by Romanists. It can also be linked to the study of private law. For traditional legal historians, following the example of their

colleagues of contemporary law, legal history is the history of private law, and even in this field some parts of the law are more interesting than others. The law of obligations, the king of private law in the law schools, is also preferred by traditional legal historians, which goes to show how far traditional legal history is removed from the historical reality, as in the past not the law of obligations, but inheritance law was the most important.<sup>3</sup>

The counterpart of traditional legal history is contextual legal history.<sup>4</sup> No longer by lawyers for lawyers, it is written by social scientists for other social scientists, historians being the most prominent, though not the only ones, in this group. For contextual legal historians the autonomy of law is anathema: law is anything but an isolated phenomenon, it is a product of a society that in its turn influences that same society. Whereas traditional legal historians are interested in the past because of the present, contextual legal historians are interested in past societies themselves. Therefore, they want to study the law in action, which leads them to consult a huge amount of sources. Moreover, their sources sometimes go beyond the traditional legislation, case law and jurisprudence. The best example of contextual legal history concerns crime and criminal justice, though the context has become so important in this case that it would be better to label it historical criminology, as law by the practitioners of this 'legal history' is seen as only one aspect, and not always the most important one, of the complex problem of deviant behaviour.<sup>5</sup> For the traditional legal historian the law is everything and the past pales in comparison, for the contextual legal historian law is just his starting point for looking at the broader complexity of past societies.

It should be stressed here that the above offers only a very rough outline, neglecting a lot of details and that there are many shades in between. Nevertheless, one can distinguish two extremes on the scale and both have very different approaches towards methodology because their

<sup>1</sup> I would like to thank Frederik Dhondt, Stefan Huygebaert, Sebastiaan Vandenbogaerde and Maarten Vankeersbilck for reading this text. Needless to say, any remaining errors are entirely my own. For a good survey of both, see Roel Pieterman, *Rechtsgeschiedenis en rechtssociologie*, in: John Griffiths (ed.), *De sociale werking van het recht. Een kennismaking met de rechtssociologie en de rechtsantropologie*, Nijmegen 1996, 559; Marcel Senn, *Stand und Zweck der neueren Grundlagendiskussion in der Rechtsgeschichtswissenschaft*, in: *Z.N.R.* (15) 1993, 66-77.

<sup>2</sup> See for an example Jan Lokin, *Prota. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen 1999, in all likelihood one of the very best introductions to law ever written, but no Roman, not even a jurist, would ever have recognised it as describing his law.

<sup>3</sup> Cf. Dirk Heirbaut, *A history of the law of succession, in particular in the Southern Netherlands/Belgium*, in: Christoph Castelein, René Foqué and Alain Verbeke (ed.), *Imperative inheritance law in late-modern society. Five perspectives*, Antwerp 2009, 65-84.

<sup>4</sup> See e.g. Roel Pieterman, *Contextuele rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, in: Corjo Jansen, Eke Poortinga and Theo Veen, *Twaalf bijdragen tot de studie van de rechtsgeschiedenis van de negentiende eeuw*, Amsterdam 1993, 128-143; Bruno Debaenst, *Laborers in the courtroom: from a rock to a hard place? Two case studies from nineteenth century Belgium*, *Rechtskultur* (1) 2012, 22-29.

<sup>5</sup> See e.g. the review *Crime, history & societies*.

goals and needs are not the same. The traditional legal historian can limit himself to the traditional sources of law and methodology amounts to finding the texts and reading them the right way. Given the bewildering variety in society, the contextual legal historian faces a greater challenge. He has more angles for looking at his subject and therefore also more methodological possibilities. In fact, it may well be necessary to integrate multiple methodologies into the research of one issue.<sup>6</sup> Additionally, if one is working in a law school it is not a bad idea for a contextual legal historian always to show that he has not forgotten the craft of the traditional lawyer. Law in real life consists of complex social phenomena, which have meanings going beyond the legal. Gifts, for example, are more than just a transfer of property. They can express all kinds of other things, for example, a long-time friendship or the settlement of a long standing dispute.<sup>7</sup> Nevertheless, at heart the gift is still a legal phenomenon and a legal historian who does not grasp the legal subtleties thereof is bound to interpret it wrongly, whatever fancy methodology he applies. In short, to paraphrase an old saying on legists and canonists: the traditional legal historian is not worth much without the context, the contextual historian is worth nothing at all without a traditional knowledge of law.

A good example proving this, though by going the right way, is Stephan Wagners contribution in this volume. He deals with reception of the *Senatus Consultum Velleianum* in the Middle Ages. It stated that women should not intercede on behalf of anyone and was in antiquity meant to protect women. It developed in new directions in the *ius commune*. Whereas Roman women could not expressly give up the protection awarded by the *Senatus Consultum*, the *ius commune* turned out to be more liberal. The driving force behind the new evolution were the practitioners, more in particular the notaries. In the end, the professors had to follow the realities of legal practice, even though they were well aware that this clashed with the right interpretation of the *Corpus iuris*. Analysing this interplay between law in the books and law in action, in which the latter transforms the former, was only possible for Wagner by first rigorously interpreting the original texts of Roman law. In short, to go beyond traditional legal history, one first has to master it.

Given the many possible methodologies which one may need and the myriad ways in which one can integrate them into one's research, it would be handy for the contextual legal historian if some kind of guide were available. However, it does not exist, yet. One possible way of finding sources of inspiration is turning to the United States. Saskia Lettmaier's article on changes in marriage law in the light of transforming subject cultures was written before this text, but it nevertheless adds another dimension. In the United States even lawyers see law as

being determined by its social context, making the distinction between contextual and traditional legal history is less relevant there. American law scholars have been experimenting with all kinds of 'law and' approaches, some of them, like law & economics, being more successful than others. Legal historians have also been infected by this. The European visitor of an American Society for Legal History Conference may find that many of the sessions deal with topics and approaches which are alien to him, as they are too far removed from what he knows. It does not help that many of the speakers will be better at formulating new ideas than at actually applying them to sources. On the other hand, even the staunchest conservative amongst European legal historians cannot deny that this ebullient spirit of experimentation may lead to new insights. Translating them to European situations and sources may well be worth the trouble, as Lettmaier shows. She describes her approach as 'law and psychology' or 'law and psychiatry'. Looking at psychology and psychiatry is not so unusual for criminal law,<sup>8</sup> but seems, at first sight, to be less apt for explaining evolutions in family law and the law of obligations. The growing freedom of the partners in the one sharply contrasts with the loss of freedom in the other. Using the work of Andreas Reckwitz, Lettmaier manages to offer a sound hypothesis for explaining this baffling contradiction. The change in subject culture from the bourgeois era, as embodied in the 1900 German Civil Code, to our postmodern subject culture implies a move away from the family to the individual's 'self-growth' which develops better in personal than in economic relationships. Lettmaier concludes with a warning which should be at the end or the head of any article on legal history: this does not explain everything. It is, however, a worthy and innovative contribution to the existing literature, which will hopefully inspire others.

Those who feel that Lettmaier's approach, though interesting, is not directly applicable in their own research, can turn for a more general methodology to Natali Stegman's study of *Charta 77* in Czechoslovakia or rather its context. She is an adept of the linguistic turn: language determines how we shape our thoughts and thus also how we see law. Language is not neutral and as such it deserves to be studied in its own right. Any legal historian or jurist in general who is not familiar with discourse analysis will profit from reading Stegman's first pages and also the illustrative application of her methodology thereafter. What was said in *Charta 77* was important, but so were its context, dissemination, intended readership, goals and so on. Instead of one document we encounter varying manifestations of it and words can be vectors for many tendencies. After reading Stegman's text, the reader may want to try his hand at this approach himself. He should keep in mind, however, that discourse analysis has become a house with many rooms and that Stegman has made, at least in this text, her home in just one of them: critical

<sup>6</sup> See e.g. Jørn Øyrehaugen, Dissenting votes in the Norwegian Supreme Court 1965-2009. A legal cultural analysis, *Rechtskultur* (1) 2012, 59-73.

<sup>7</sup> On this see, Arnoud-Jan, Bijsterveld, Do ut des. Gift giving, "memoria" and conflict settlement in the medieval Low Countries, *Hilversum* 2007.

<sup>8</sup> Günter, Jerouscheck, Hexenverfolgung und Psychoanalyse, in: Gudrun Gersmann, Katrin Moeller and Jürgen-Michael Schmidt, *Lexikon zur Geschichte der Hexenverfolgung*, [http://www.historicum.net/no\\_cache/persistent/artikel/1666/](http://www.historicum.net/no_cache/persistent/artikel/1666/)

(Foucauldian) discourse analysis.<sup>9</sup> This should not deter anyone from joining her, as it only means that the possibilities are just richer than one article can show. Continuing with the metaphor of the house, we should not forget that it is on a street with other houses willing to cater to the legal historian, e.g. economics with concepts like path dependence and so on. Evolution theory can explain why there are sometimes periods of stagnation in law followed by sudden bursts of rapid change.<sup>10</sup> The list of possibilities is endless.<sup>11</sup> The legal historian should not just be creative in looking for inspiration in other sciences, but also in adapting their methodologies to his needs. For example, social network analysis is generally an analysis of relationships between persons, but one can just as well make a network analysis of cases to determine which cases quote others,<sup>12</sup> of codes<sup>13</sup> and so on. The only limit is our imagination. For example, as epidemiologists have developed a whole arsenal of techniques for studying the spread of diseases, why should one not apply them to analyse the spread of the *ius commune*?<sup>14</sup>

In opening up new horizons, the articles in this volume also contribute to a re-evaluation of traditional legal science and legal history. Josefa-Dolores Ruiz-Resa makes this very clear in her critical study of legal science as a source of law. An analysis of legal science in her approach does not reduce itself to a dogmatic study, but goes to the roots and effects of legal science. Law scholars are not neutral, they do not just 'discover' the law. They (co-) shape it and bring into it their stereotypes, values and preferences. Legal historians priding themselves on not suffering from this evil, as they cannot influence the past, can read extremist postmodernist historians who state that the past is not history. The legal historian can only give his view of legal history and that's it.<sup>15</sup>

Frederik Dhondt proves that new methodologies not only open up new territories, but allow us to make more of well-established fields of legal history. Blending legal history, diplomatic history and international law with

discourse analysis, anthropology, sociology and cultural history he takes the history of international law to the next level. He goes beyond the great authors and treaties to the bedrock of international law, the attitudes and legal arguments of the diplomats actually creating and moulding international law in their everyday work. This necessarily leads to the use of new source material, the diplomatic correspondence, but also to a re-evaluation of treaties and books on international law. They are no longer islands on their own, but become just the tips of the greater icebergs of diplomatic practice. This means that they no longer stand for sharp sudden discontinuities, but reveal more continuity than has hitherto been thought. As they reveal deeper patterns, the standard forms, banalities, symbols, rituals and so, also take on a new importance. For too long, they seemed superfluous and the legal historian could skip over them to the really interesting parts of his sources. However, they are in need of a rehabilitation as manifestations of a broader context. Dhondt's methodological article may give a reader the wrong impression that the author is more interested in methodological issues than in the actual research. Hence, he emphatically writes: "history is not a conversation between historians..., but is about facts in the past". The focus should be "on the object of my research" and the author does not want to deal with: "other conceptual discussions than those closely related to my basic question". Given the 'overtheorizing' to which a methodological exposé can lead, one can only hope that many others will take this message. Dhondt's approach, however, may not be apt for everyone. The reader comes away with the impression that one has to master a great number of disciplines and go through enormous masses of documents and older literature to follow in his footsteps. The not so ambitious, industrious or erudite may well be warned to look for a somewhat less demanding approach.

A re-evaluation of hitherto neglected sources may find a fruitful starting point in reconsidering the actors in the world of law. As a rule of thumb one can state that the status of the legal historians seems to correspond with that of his subject. The scholar working on a supreme court or on a paragon of legal scholarship by that act transfers some of that greatness to himself.<sup>16</sup> Working on ignorant laymen does not confer the same prestige, as if the scholar working on them lowers himself to their level. In the real world outside the law faculties, the simple concepts of laymen sometimes had a greater impact than the books of professors, the judgements of highest courts or the ordinances of kings. Opening the door to that world is not an easy task. Miguel Ángel Morales Payán offers us a key. In Spain the 1812 Constitution of Cadiz had elected mayors serve as judges, a system which would have a longer life than the Cadiz Constitution itself. Understandably, most of the mayors were, as laymen, not always up to their daunting task and had to turn to practical manuals guiding them through the shoals of judicial

<sup>9</sup> Which is sometimes treated separately from discourse analysis in general, e.g. Alan Bryman, *Social research methods*, Oxford 2008, 536-540.

<sup>10</sup> See for an example, Philipp Lipton, *The evolution of the joint stock company to 1800: A study of institutional change*, 2009, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1413502](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1413502).

<sup>11</sup> For a good introduction to some of these possibilities, see Mark Vanhoecke (ed.), *Methodologies of legal research. Which kind of method for what kind of discipline*, Oxford, 2011.

<sup>12</sup> See for such a study concerning the US Supreme Court James Fowler, Timothy Johnson, James Spriggs, Jeon Sangick and Paul Wahlbeck, *Network analysis and the law: measuring the legal importance of precedents at the U.S. Supreme Court*, *Political analysis* (15) 2007, 324-346; James Fowler and Jeon Sangick, *The authority of Supreme Court precedent*, *Social networks* (30) 2008, 16-30.

<sup>13</sup> For an example, see Romain Boulet, Pierre Mazzega and Danièle Bourcier, *A network approach to the French system of legal codes-part I: analysis of a dense network*, *Artificial intelligence law* 19 (2011), 333-355, though this article and others by French mathematicians on this theme requires a familiarity with mathematics which is beyond most legal historians.

<sup>14</sup> Prof. Hans-Bernd Schäfer (Hamburg) is preparing a publication on the spread of the *ius commune*, which already goes in this direction, though without the link to epidemiology.

<sup>15</sup> See e.g. the work of Keith Jenkins (Alexander Macfie, review of *Keith Jenkins Retrospective* <http://www.history.ac.uk/reviews/review/1266>).

<sup>16</sup> This rule is, of course, not an absolute one. One can for example, very well argue, that Albertus Gandinus is more important because of the better-known legal historian (Hermann Kantorowicz, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, Berlin 1907-1926) who studied him than because of his own achievements.



proceedings. The figure of the mayor-judge disappeared later in the nineteenth century, but the example still stands of a neglected actor in the world of law, whom one can only study by using other sources and methodologies than the traditional ones. One can wonder how many other groups are worthy of such a discovery. For example, the theme of the female judge or lawyer has been well studied<sup>17</sup> and it makes us conclude that women were latecomers in the legal environment. In new research Mia Korpiola saves the female paralegals from obscurity. The female lawyer no longer falls out of the sky, but is preceded by the legal secretary.<sup>18</sup>

For the legal historian, his research stands or falls with the sources. New methodologies can only flourish if the editors of the source material do not stand upon a definition of source of law which is too strict. The latter is a very flexible concept, which can expand or contract according to the views of the legal historian using it. After a thorough exploration of the possible meanings of the concept sources of law, Lukas Gschwend and Pascale Sutter describe how the editors of the sources of Swiss legal history<sup>19</sup> have gradually developed a broader interpretation to serve the evolving needs of legal historians and other social scientists. One can only hope that, thanks to Gschwend and Sutter, other countries will follow the Swiss example.

New methods in legal history benefit not just legal historians, but also today's practising lawyers. After all, the historical argument is also present in the courtroom and the methodology of the legal historian takes on a relevance in contemporary law, which one finds in all fields of law, as any text on law very soon becomes a document from the past. Much then depends on one's views: is the text above its maker, or rather the maker above the text. If the former, one can disregard history, if the latter, history becomes essential. A teleological interpretation does not really need legal history, whereas it is necessary if one wants to determine the original intent. Markus Würdinger, focusing on German debates, puts forward as his own proposal that original intent should not permanently shackle later generations. They can turn away from it, but only after offering good arguments for doing so. Of course, Würdinger's opinion and German literature do not contain all points of view and one can point to other positions than the ones he describes in, for example, American literature.<sup>20</sup> This does not change what he illustrates: the importance of legal history and hence its methodology for contemporary law and its practitioners.

In this volume the reader can find showcases of new methodological approaches, their implications and needs, but not a complete overview of the methodologies of le-

gal history. In part, this is deliberate, as the issues of *Rechtskultur* do not stand on their own. Every issue reflects the commitment of the editors to making various research methods known. For example, this issue did not deal with quantitative methodologies, as they have been present in the previous issue (articles of Bruno Debaenst and, especially, of Jørn Øyrehagen Sunde) and are expected to show up again in the coming issues on criminality and economic law. As a lot of literature on quantitative methods is already available,<sup>21</sup> this volume gave preference to qualitative methodologies, acknowledging that most legal historians will more easily master, for example, discourse analysis than the technicalities of multivariate analysis. Also left out of the picture are legal iconography and legal iconology. This is not due to the still prevailing attitude that visual sources only may show up at the end of the research when a nice picture has to be found for the book cover. Pictures in and of law have a language of their own, which is so rich and unknown at the same time that iconography and law will be the subject of this review's 2016 issue.<sup>22</sup> Another angle largely unconsidered in this volume, are the possibilities of digital humanities.<sup>23</sup> Specialised software, like NVIVO, Mallet, Ucinet and so on, opens up many new possibilities for research. So far, however, there are not enough examples of applied research in legal history using these tools which demonstrate their possibilities. Finally, another topic left out is the contribution the methodology of comparative law can make to legal history, as Matt Dyson is preparing new work on this.<sup>24</sup>

To conclude, THE methodology of legal history does not exist and the methodologies of legal history are only developing, with many being still embryonic in nature. This field is challenging, stimulating and innovating. The price for that is that, like this issue of *Rechtskultur*, any publication on methodology in legal history cannot present a finished product.<sup>25</sup> One day a great handbook on the methodologies of legal history may see the light and it is hoped that this volume will have contributed to bringing that day nearer.

<sup>21</sup> In fact, one handbook on methodology for lawyers, reduces it to this aspect (Howell Jackson, Louis Kaplow, Steven Shavell, W. Kip Viscusi and David Cope, *Analytical methods for lawyers*, New York, 2010).

<sup>22</sup> A good introduction to visual sources is Anthony Musson, *Visual sources. Mirror of justice or 'through a glass darkly'*, in: Anthony Musson and Chantal Stebbings (ed.), *Making legal history. Approaches and methodologies*, Cambridge 2012, 264-283. Largely unnoticed amongst legal historians is the broader theme of multisensory law (Colette Brunschwig, *Multisensory law and legal informatics. A comparison of how these legal disciplines relate to visual law*, in: Anton Geist, Colette Brunschwig, Friedrich Lachmayer and Günther Scheffbeck, *Strukturierung der Juristischen Semantik. Festschrift für Erich Schweighofer*, Bern 2011, 573-667) of which visual law is only one branch.

<sup>23</sup> See, for now, the articles in the *Journal of digital humanities*.

<sup>24</sup> For now, see Matt Dyson, *Ligations divide and conquer: using legal domains in comparative legal studies*, in: Geneviève Helleringer and Kai Purnhagen, *Towards a European legal culture* (forthcoming) and Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, *Oxford handbook of comparative law*, Oxford, 2008.

<sup>25</sup> For example, Anthony Musson and Chantal Stebbings, *Making legal history. Approaches and methodologies*, Cambridge 2012.

<sup>17</sup> Mary Jane Mossman, *The first women lawyers: a comparative study of gender, law and the legal professions*, Oxford, 2006.

<sup>18</sup> See for a first outcome of this research, Mia Korpiola, *Attempting to Advocate: Women Entering the Legal Profession in Finland, 1885-1915*, in: Sara Kimble and Marion Röwekamp (ed.), *New Perspectives in European Women's Legal History* (forthcoming).

<sup>19</sup> The *Sammlung Schweizerischer Rechtsquellen*. For the online version, see <http://ssrq-sds-fds.ch/online/>

<sup>20</sup> E.g. original meaning (Jack Balkin, *Must we be faithful to original meaning?*, *Jerusalem review of legal studies* (7) 2013, 57-86).

# Governance und Unabhängigkeit in Lateinamerika: Legitimität in Räumen begrenzter Staatlichkeit

*Stefan Rinke, Berlin*

Die Unabhängigkeit Lateinamerikas war die Folge einer tief greifenden Krise der Kolonialreiche, die zunächst die Zentren der Macht in Europa traf. Dort erschütterte sie das monarchische Grundprinzip, schuf damit ein Legitimitätsvakuum und löste die Implosion des Gesamtreichs aus. Von Beginn an stellte sich die Frage nach den neuen Legitimitätsgrundlagen der Herrschaft. Es musste geklärt werden, wer in Zukunft herrschen sollte. Zunächst in Paris und später in Madrid, zuletzt in Lissabon reagierte man auf diese Herausforderung mit Verfassungen, die die Nation zum Souverän erklärten. Dieses Vorgehen hatte Vorbildfunktion für die in Amerika geborenen Eliten, die nun die koloniale Realität abschütteln wollten, weil sie sich gar nicht als Kolonien verstanden, sondern als gleichberechtigte Teile von Reichen, deren Wohlstand ganz wesentlich von ihrer wirtschaftlichen Leistung abhing. Die Unabhängigkeitsbewegungen zerstörten die Bindungen zur Krone. Die Fragmentierung der Macht, die sich nach dem Ausfall dieses integrativen Bezugspunkts einstellte, konnten sie nicht aufhalten. Die Räume, die nun regiert werden mussten, blieben Räume begrenzter Staatlichkeit, in denen der Staat nur ein – und keineswegs immer der dominante – Akteur unter vielen war.

## I. Verfassungen zwischen Ideal und Wirklichkeit

Grundlage des neuen Systems waren geschriebene Verfassungen, die ab 1801 in Haiti, ab 1811 in Hispanoamerika und 1824 in Brasilien von Eliten ausgearbeitet wurden, die über wenig praktische Erfahrung in Regierung und Selbstverwaltung verfügten.<sup>1</sup> Sie lehnten sich zunächst an ausländische Vorbilder wie etwa an die US-amerikanische und französische Verfassung an. Besonders wichtig war außerdem der spanische Konstitutionalismus, der in der liberalen Verfassung von Cádiz von 1812, welche auch die Beziehungen zwischen Amerikanern und Europaspaniern auf eine neue Grundlage stellte, seinen Ausdruck fand. Die portugiesischen Ansätze von 1822 waren eng daran angelehnt. Doch auch in diese Verfassungen flossen unterschiedliche iberische, französische und US-amerikanische Strömungen ein, sodass sich die Frage, welcher Einfluss bestimmend war, letztlich kaum eindeutig beantworten lässt.<sup>2</sup> Letztendlich handelte es sich bei der latein-

amerikanischen Verfassungsgebung in den ersten drei Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts um eine Experimentierphase.

Das Ziel der Verfassungsväter war eine Balance zwischen Freiheitsidealen und der Garantie der Ordnung. Wichtig waren die Grundideen von Freiheit, Gleichheit und Selbstbestimmung, die, geboren aus dem Geist der Aufklärung, im atlantischen Raum zirkulierten und die die lateinamerikanischen Eliten frühzeitig rezipiert hatten. Die Prinzipien der Volkssouveränität, der politischen Repräsentation und der Gewaltenteilung waren denn auch die Ausgangsbasis für die frühen lateinamerikanischen Verfassungen.<sup>3</sup> Auch die Erklärungen der Menschen- und Bürgerrechte bildeten eine wichtige Richtschnur. Fast alle lateinamerikanischen Verfassungen in diesem Zeitraum enthielten Grundrechtserklärungen, die der US-amerikanischen Bill of Rights und der französischen Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen wenn nicht nachempfunden waren, so doch ähnelten. Sie gingen einher mit der Zusicherung der verschiedenen Freiheitsprinzipien sowie mit der Verregelung des politischen Lebens durch Wahlen. Der mit natürlichen Rechten ausgestattete Mensch als Individuum und nicht mehr die Korporation stand im Mittelpunkt der Grundgesetze.<sup>4</sup> Allerdings gab es auch Restriktionen, die z. B. das Recht auf freie Meinungsäußerung einschränkten. Auch die Religionsfreiheit blieb bis zum Ende des 19. Jahrhunderts in einem Großteil der Staaten begrenzt. In der Regel war der Katholizismus die Staatsreligion, die öffentliche Ausübung anderer Bekenntnisse blieb häufig verboten. Gerade an dieser Frage ließ sich das grundsätzliche Problem der Legitimation eines politischen Systems erkennen, das sich gerade erst aus dem Gottesgnadentum gelöst hatte.

Im Einzelnen lassen sich Verfassungen mit einer radikalen, konservativen und liberalen Ausrichtung unterscheiden. So betonten die konservativen Verfassungen wie zum Beispiel die chilenische von 1833 die Rolle der Exekutive und legten verbindliche soziale Normen fest. Die radikalen Entwürfe etwa von Morelos in Apatzingán oder Artigas in der Banda Oriental rückten den Willen der Mehrheit der Bürger in den Mittelpunkt und wollten daher den Einfluss der Legislative stärken.<sup>5</sup> Die zahlreichen liberalen Verfassungstexte wiederum waren um den Ausgleich der Gewalten bemüht und vertrauten auf die Initiative des Individuums. Keiner dieser Typen kam jedoch in Reinform vor.<sup>6</sup> Die Frage der Staatsform blieb zwischen 1801 und

<sup>1</sup> Die geringe politische Erfahrung aufgrund der fehlenden Partizipationsmöglichkeiten im kolonialen Regierungssystem wird in der Forschung immer wieder als entscheidender Unterschied zu den Abläufen in den Vereinigten Staaten genannt. Rodríguez (The Emancipation of America, S. 136) hat darauf hingewiesen, dass der Anteil der weißen Siedler an der Bevölkerung in Angloamerika viel größer war als in Spanisch- und Französischamerika. Diese weißen Siedler – und nur die – kamen in den Genuss der politischen Rechte. S. a. David Bushnell: Independence Compared: The Americas North and South. In: McFarlane und Posada-Carbó: Independence, S. 69 – 87.

<sup>2</sup> Peter Waldmann: Zur Rolle der Verfassung in der Gründungsphase der USA und der lateinamerikanischen Staaten. In: Tobler und Waldmann: Lateinamerika und die USA, S. 27–53.

<sup>3</sup> Die Problematik der Souveränität betont Adelman: Sovereignty and Revolution, S. 393.

<sup>4</sup> Gargarella: Fundamentos legales, S. 6 – 7.

<sup>5</sup> Zu Artigas s. Ana Frega: La virtud y el poder: la soberanía a particular de los pueblos en el proyecto artiguista. In: Goldman und Salvatore: Caudillismos rioplatenses, S. 101–134.

<sup>6</sup> Zur Entwicklung dieser Typologie s. Gargarella: Fundamentos lega-

1830 umstritten. Wenngleich sich vielerorts die Republik durchsetzte, so kam es doch oft zu – teils temporären – Diktaturen und auch Monarchien. In Brasilien blieb diese Staatsform in ihrer konstitutionellen Variante bis 1889 erhalten. In Haiti und in Mexiko experimentierte man damit mehr oder weniger lange, allerdings erfolglos. Auch in Hispanoamerika blieb die Monarchie ernsthaft im Gespräch, insbesondere bevor San Martín sich aus dem politischen Geschehen zurückzog. Der letztlich umfassende Trend zur Republik im ehemaligen spanischen Kolonialreich war aber nicht unbedingt ein Ausdruck demokratischer Gesinnung, denn stattdessen etablierten sich häufig starke Präsidialregimes. Vielmehr ging es den kreolischen Eliten darum, die Abkehr von der spanischen Krone zu verdeutlichen. Die republikanische Staatsform diente also ihrer Selbstlegitimierung.<sup>7</sup> Dennoch war Lateinamerika um 1830 neben den USA die erste Weltregion, in der sich das Prinzip der Volkssouveränität flächendeckend durchsetzte und die Monarchie – trotz mancher Diskussionen und der brasilianischen Ausnahme – ersetzte.<sup>8</sup>

Mit den Verfassungen etablierten sich neue politische Praktiken, die den Zeitgenossen den revolutionären Charakter der Umbrüche besonders handgreiflich vor Augen führten. So waren die politischen Partizipationsmöglichkeiten in einigen Ländern zumindest theoretisch zunächst sehr umfassend, auch wenn sie später wieder eingeschränkt beziehungsweise in der Praxis durch Patronage und klientelistische Netzwerke verwässert wurden. Die nun allerorts abgehaltenen Wahlen entsprachen zwar nicht heutigen Vorstellungen, sie blieben aber wichtige Bezugspunkte, und zwar nicht nur in den Städten, sondern auch in indigenen Dörfern. Selbst Caudillos, die auf gewaltsame Weise an die Macht kamen, ließen sich oft nachträglich durch das «Volk» legitimieren.<sup>9</sup> Die Wahltermine trugen auch zur Konstituierung von Öffentlichkeit bei, die als Quelle der Legitimität immer wichtiger wurde. Bereits während der Unabhängigkeitskriege hatten sowohl die Patrioten als auch die Royalisten mit einer Flut von Pamphleten, Theaterstücken und Predigten intensiv für ihre Sache geworben. Dies fand nach 1830 eine Fortsetzung.<sup>10</sup> Es entstand eine lebhaft öffentliche Sphäre mit Vereinen und Clubs, die sich auch politisch engagierten und die Vorläufer zu Parteien bildeten. Allerdings blieben diese ethnisch exklusiv und schlossen beispielsweise die Indigenen aus, da sie als irrational und unreif galten.<sup>11</sup>

Das größte Problem der frühen lateinamerikanischen Verfassungsgeschichte war zweifellos die Umsetzung der

darin vertretenen Werte und Normen in die Praxis. Zwischen den Gleichheitsidealen und der Verfassungswirklichkeit klappte eine große Lücke. Sie lässt sich etwa daran ablesen, dass das Wahlrecht häufig vom Besitz und von der Lese- und Schreibfähigkeit abhängig gemacht wurde. Auch die fehlende Einhaltung der Grundrechte und der Gewaltenteilung erschütterte den Respekt vor den Verfassungen, die noch dazu viel Raum für Notstandsgesetze ließen. Die Exekutive machte häufig davon Gebrauch, indem sie zum Beispiel den Belagerungszustand erklärte, vermeintlich um äußere und innere Bedrohungen abzuwenden, aber eben auch politische Gegner auszuschalten. So kam es immer wieder zu Situationen, die zwar nicht dem Buchstaben der Verfassungen widersprachen, ihrem Geist aber sehr wohl. Erst gegen Ende des Jahrhunderts wurden die drakonischen Sonderrechte der Exekutive zugunsten der Legislative abgemildert. Die gesetzgebende Gewalt war in Lateinamerika bis zu diesem Zeitpunkt in vielen Fällen in einer schwachen Position.<sup>12</sup>

Grundsätzlich hielten sich die nach wie vor bestimmenden Oligarchien bei der Umsetzung der neuen Verfassungen auffällig zurück. Im Zweifelsfall zogen bereits die Befreier die Tyrannei der Anarchie vor.<sup>13</sup> Die vielfältigen Sonderbestimmungen erarbeiteten Angehörige der Eliten mit der Absicht, die sozialen Hierarchien in den multiethnischen Gesellschaften aufrechtzuerhalten. Tief verwurzelt war die Angst vor dem sozialen Chaos, das bei einer Machtübernahme durch die «Masse» vermeintlich drohte, weshalb man deren Partizipationsmöglichkeiten einschränkte. Die Eliten bedienten sich immer wieder der Verfassungsgesetzgebung, um Bestimmungen durchzusetzen, die ihnen Vorteile brachten. Stabile Institutionen konnten vor diesem Hintergrund nicht entstehen.

Dies zeigte sich nicht zuletzt an der Kurzlebigkeit der lateinamerikanischen Verfassungen in dieser Phase. Insgesamt traten im 19. Jahrhundert 115 Verfassungen in den 18 Staaten in Kraft, wobei die Bandbreite zwischen einer (Uruguay) und 15 (Dominikanische Republik) groß war.<sup>14</sup> Peter Waldmann hat unlängst argumentiert, dass ein möglicher Grund für diese Kurzlebigkeit die Verbundenheit der Verfassungsschöpfer zum Idealismus Rousseau'scher Prägung gewesen sein könnte. Nach der Auffassung der Verfassungsväter sollten die Konstitutionen die Menschen erziehen und die Entwicklung der Gesellschaft vorantreiben. Daher waren die zahlreichen frühen Verfassungen nur Mittel zum Zweck und keineswegs unantastbar.<sup>15</sup> Insgesamt erachtete man es aber immer wieder für notwendig, neue Verfassungen auszuarbeiten. Das zeigt, dass deren grundlegende Bedeutung als Anker der institutionellen Ordnung nicht infrage stand.<sup>16</sup> Die

les.

<sup>7</sup> König: Kleine Geschichte Lateinamerikas, S. 336–339.

<sup>8</sup> Sabato: On Political Citizenship, S. 1291. Drake: Between Tyranny and Anarchy, S. 52.

<sup>9</sup> Sabato: On Political Citizenship, S. 1296. Mücke: Politische Kultur, S. 691. S. a. die Aufsätze in Sabato: Ciudadanía política.

<sup>10</sup> Uribe-Uran: Birth of a Public Sphere, S. 448–456. Zur Rolle der Presse s. a. die Aufsätze in Alonso: Construcciones impresas, S. 13–138 sowie in Guerra und Lemperière: Espacios públicos, S. 273–359. Zur öffentlichen Rede die Beiträge in Jaksic: Political Power.

<sup>11</sup> Forment: Democracy in Latin America, Bd. 1, S. 285.

<sup>12</sup> Drake: Between Tyranny and Anarchy, S. 75–77.

<sup>13</sup> Drake (Between Tyranny and Anarchy) hat ein zentrales Element der Geschichte der Demokratie in Lateinamerika jüngst in diesem Gegensatzpaar gesehen.

<sup>14</sup> Stefan Rinke und Klaus Stüwe: Politische Systeme Amerikas: ein Vergleich. In: dies.: Die politischen Systeme, S. 21.

<sup>15</sup> Waldmann: Zur Rolle der Verfassung. In: Tobler und Waldmann: Lateinamerika und die USA, S. 47–48.

<sup>16</sup> Gargarella: Fundamentos legales, S. 5.



republikanische Rhetorik sollte beibehalten werden, denn sie gewährte einen Mantel der Legitimität.

Das frühe Scheitern vieler Verfassungen war auch darauf zurückzuführen, dass zahlreiche Grundkonflikte mit dem Ende der Unabhängigkeitskriege nicht entschieden waren, sondern weiterschwelten. Im Mittelpunkt stand der Streit zwischen Zentralisten und Föderalisten, der sich bis hin zu Rivalitäten in den Heldenkulten niederschlug.<sup>17</sup> Die Föderalisierung hat ihre Wurzeln schon in der späten Kolonialzeit und fand in den explosiven Regionalismen der Kriegsjahre ihren Ausdruck.<sup>18</sup> Nach der Erringung der Unabhängigkeit brach der Konflikt dann in den meisten neuen Staaten Lateinamerikas mit unvermittelter Härte aus. Dabei beriefen sich die gegen den zentralstaatlichen Machtanspruch aufbegehrenden Föderalisten auf dieselben Prinzipien, auf die sich auch die Patrioten zu Beginn der Unabhängigkeitsrevolutionen berufen hatten.<sup>19</sup>

Das Bekenntnis zu Föderalismus oder Zentralismus erfolgte zumeist nicht aus prinzipiellen Überlegungen, sondern oft auch aus wirtschaftlichem Interesse im Sinne der eigenen Region oder Stadt. Besonders problematisch war dies etwa in Zentralamerika und im La-Plata-Raum, aber auch in Großkolumbien. Oft vermischte sich der Streit mit den Konflikten zwischen Konservativen und Liberalen, der sich nicht zuletzt an der Frage der politischen Rolle der katholischen Kirche entzündete und sich ebenfalls bereits während der Unabhängigkeitskriege abgezeichnet hatte.<sup>20</sup> Dabei schlugen politische Auseinandersetzungen schnell in militärische um, wenn etwa schon Einheiten der Befreiungsarmeen unter ihren Anführern, die gleichzeitig Provinzfürsten waren, die Waffen gegeneinander erhoben. Folge war eine extreme politische Instabilität, die sich an einer hohen Zahl von Regierungswechseln in den meisten hispanoamerikanischen Nachfolgestaaten ablesen ließ, wobei Mexiko mit seinen 16 Präsidenten und 33 Übergangsregierungen in den Jahren zwischen 1824 und 1857 sowie Peru mit durchschnittlich einem Regierungswechsel pro Jahr zwischen 1821 und 1845 den Rekord hielten.<sup>21</sup>

## II. Caudillismus und Militarisierung

Ein Grund für die Kurzlebigkeit vieler Verfassungen und Regierungen war zweifellos die schwierige Aufgabe, die Treue zur Person des Königs durch die Loyalität zu einem abstrakten Staat zu ersetzen. Dieses Unterfangen scheiterte in vielen Fällen, und das Ergebnis war ein Hang zu autoritären Regimes, die die bestehenden Antagonismen regionaler und sozialer Art nicht abbauten, sondern im Gegenteil davon profitierten. So konnten die Unabhängigkeitskriege zur Brutstätte der Caudillos werden, die den Zusammenbruch der kolonialen Ordnung

und ihrer Institutionen nutzten, um ihre Machtansprüche in dem entstehenden Vakuum durchzusetzen.<sup>22</sup>

Die Unabhängigkeitskriege waren nicht nur Kriege gegen einen äußeren Feind, sondern auch Kriege um die Macht im Innern – das galt für Hispanoamerika ebenso wie für Haiti und Brasilien. Durch die Schwächung der Zentren ging die Fähigkeit zur Konfliktregulierung verloren, was sich insgesamt gewaltfördernd auswirkte.<sup>23</sup> Regionalismen und später Föderalismen kamen den Warlords entgegen, die, wenn sie einmal an der Macht waren, einseitig die Interessen der eigenen Gefolgschaft und der eigenen Region verfolgten.<sup>24</sup>

In allen lateinamerikanischen Ländern betraten in dieser Phase mehr oder weniger starke Caudillos die politische Bühne. Oft erreichten sie sogar die Herrschaft im Staat wie etwa Juan Manuel de Rosas im La-Plata-Raum oder Páez in Venezuela.<sup>25</sup> Dort angekommen, gaben ihnen die ohnehin stark auf die Exekutive ausgerichteten Verfassungen alle Möglichkeiten, ihre Macht auszubauen. Oft handelte es sich um große Landbesitzer oder Viehzüchter, die über ein gewisses Charisma verfügten. Zu Recht hat man in diesem Zusammenhang auch von einem Trend zur Ruralisierung der Macht gesprochen. Die städtischen Eliten verloren an Einfluss, da sie nicht über dieselben militärischen Machtmittel verfügten und nicht in gleichem Maß in das Kriegsgeschehen eingreifen konnten wie die starken Männer vom Land mit ihren oftmals berittenen treuen Gefolgsleuten.<sup>26</sup>

In ihrem Machtstreben profitierten Caudillos wie etwa Páez von der starken Rolle des Militärs, das zur vierten Gewalt im Staat avancierte. Schon während der Unabhängigkeitskriege etablierte sich der Sonderstatus der bewaffneten Macht. So zogen es die Oligarchien vor, die politischen Geschicke ihrer Länder in die Hände siegreicher Militärs wie Bolívar, Sucre oder O'Higgins zu legen, statt Wahlen durchzuführen. Um Truppen zu mobilisieren, erhielten Soldaten eine Vorzugsbehandlung auch im Bereich der Bürgerrechte – selbst Sklaven konnten durch den Militärdienst die Freiheit erhalten. Die privilegierte Sonderrolle des Militärs war später schwer zurückzunehmen. Nach Kriegsende erhielten die Streitkräfte in über 80 % der hispanoamerikanischen Verfassungen des 19. Jahrhunderts Verfassungsrang.<sup>27</sup> Die bewaffnete Macht war nun oftmals die einzige noch intakte Institution und der Ordnungsfaktor, der zur Stabilisierung einer Gesellschaft, in der Aufstände der Unterschichten der Vergan-

<sup>17</sup> So am Beispiel San Martíns siehe Leoni und Quiñónez: *Combates*.

<sup>18</sup> Hensel: *Entstehung des Föderalismus*, S. 345.

<sup>19</sup> Drake: *Between Tyranny and Anarchy*, S. 68–71.

<sup>20</sup> Javier Fernández Sebastián: *Revolucionarios y liberales: conceptos e identidades políticas en el mundo atlántico*. In: Calderón und Thibaud: *Las revoluciones*, S. 215–250.

<sup>21</sup> Kinsbruner: *Independence*, S. 133.

<sup>22</sup> Lynch: *Caudillos*, S. 35–83. Zur Geschichtsschreibung des caudillismo s. v. a. Pablo Buchbinder: *Caudillos y caudillismo: una perspectiva historiográfica*. In: Goldman und Salvatore: *Caudillismos rioplatenses*, S. 31–50.

<sup>23</sup> Riekenberg: *Ethnische Kriege*, S. 10.

<sup>24</sup> Riekenberg: *Warlords*, S. 187–205. Noemí Goldman und Sonia Tedeschi: *Los tejidos formales del poder: caudillos en el interior y el litoral rioplatenses*. In: Goldman und Salvatore: *Caudillismos rioplatenses*, S. 135–158.

<sup>25</sup> Jorge Myers: *Las formas complejas del poder: la problemática del caudillismo a la luz del régimen rosista*. In: Goldman und Salvatore: *Caudillismos rioplatenses*, S. 83–100.

<sup>26</sup> Lynch: *Caudillos*, S. 205–216. Antonio Annino: *Soberanías en lucha*. In: ders. und Guerra: *Inventando la nación*, S. 168–180.

<sup>27</sup> Loveman: *The Constitution of Tyranny*, S. 399. In Brasilien spielte das Militär dagegen keine exponierte Rolle.

genheit angehören sollten, dringend benötigt wurde. Expressis verbis übertrugen die Verfassungsväter den Streitkräften nun in vielen Fällen die Aufrechterhaltung von innerer Ruhe und Ordnung, ja teils sogar die Überwachung der Wahlen und die Abschaffung von Gesetzen, die unter dem Druck der Masse zustande gekommen waren. Diese Bestimmungen lieferten den Militärs immer wieder geeignete Vorwände, um in die Politik einzugreifen.

Die Folge war eine Militarisierung des öffentlichen Lebens, die sich in Kämpfen um Grenzen, um politische Grundsätze, um Wirtschaftspolitik, um die Vorherrschaft von Stadt oder Land niederschlug und häufig durch das Streben nach persönlichen Vorteilen motiviert war. Diese Bürgerkriege wurden meist mit erbarmungsloser Härte geführt und kosteten zahlreiche Menschenleben. Die Gewalt der Revolution, die sich zuvor gegen den äußeren Feind gerichtet hatte, wurde «internalisiert».<sup>28</sup> Das Auftreten der Befreiungsarmeen, die oft wie Eroberer aufgetreten waren, wirkte lange nach.<sup>29</sup> Das galt auch für die unterschiedlichen Guerillagruppen, die sich bereits im Verlauf der Unabhängigkeitskriege kaum auf eine eindeutige Linie festlegen ließen und mal aufseiten der Patrioten, mal aufseiten der Royalisten kämpften. Insbesondere im Andenraum, wo das Misstrauen der Indigenen gegenüber der Herrschaft der Weißen gleich welcher Regierungsform groß blieb, überdauerte die Guerilla das offizielle Kriegsende. Sie stellte einen zusätzlichen destabilisierenden Faktor dar, zumal die Grenzen zum Banditismus fließend waren.<sup>30</sup>

Die staatliche Ordnung war besonders dort kaum erkennbar, wo bereits der Herrschaftsanspruch der Kolonialreiche an seine Grenzen gestoßen war. In diesen Kontaktzonen zwischen den iberischen Reichen und autonomen indigenen Gruppen, den sogenannten indios bárbaros, hatten die kolonialen Autoritäten noch im späten 18. Jahrhundert pragmatisch vorgehen müssen, um einen prekären Frieden herzustellen, der immer wieder von kriegerischen Auseinandersetzungen unterbrochen wurde. Die Appelle der Unabhängigkeitskämpfer an eine vage Schicksalsgemeinschaft mit den Indigenen durch die gemeinsame Erfahrung der Unterdrückung und die gemeinsamen Wurzeln hatten nicht gefruchtet.<sup>31</sup> In den Grenzregionen der unabhängigen Staaten war die neue republikanische Rhetorik nicht nachvollziehbar angesichts des Zusammenbruchs der ohnehin nur schwach ausgeprägten Institutionen wie z. B. der Missionen. Durch die Schwäche der neuen Staaten, die die Territorien und Bevölkerungsgruppen an der Grenze zwar einerseits als integralen Bestandteil der Nation betrachteten, andererseits aber nicht in der Lage waren, die neue Rechtsordnung durchzusetzen, konnte es wie im Fall des mexikanischen Sonoras so weit kommen, dass sich die dort lebenden Kreolen ans Ausland wandten, um Sicher-

heit herzustellen.<sup>32</sup> Die fehlende Durchsetzungsfähigkeit führte zur Delegitimierung des Staates, die geradezu herausforderte, dass lokale Akteure per Aushandlung regierten.<sup>33</sup>

Derartige Abläufe förderten die Fragmentierung jedoch nicht nur in den Peripherien.<sup>34</sup> Das Ideal der amerikanischen Integration fand im Verlauf der Unabhängigkeitskriege immer weniger Anhänger. Das Scheitern des Kongresses von Panama 1826 war dafür ein beredtes Beispiel. So kam es auch in Lateinamerika nicht zu den für die US-amerikanischen und französischen Kontexte so typischen gemeinsamen Schlachtrufen, Parolen und Schriften.<sup>35</sup> Überregionale Zusammenschlüsse wie das transkontinentale Befreiungsheer hatten nur so lange Aussicht auf Erfolg, wie die äußere Bedrohung Bestand hatte. Als die Bastionen des Royalismus gebrochen waren und die Sicherheit damit hergestellt schien, entfiel die gemeinsame Klammer. Die problematische Topographie sowie die großen Unterschiede in den wirtschaftlichen Interessen, sozialen wie politisch-administrativen Strukturen und der ethnischen Zusammensetzung der Bevölkerung förderten die Lokalpatriotismen.<sup>36</sup>

Die Folge war ein Trend zur «Balkanisierung», wie er insbesondere am Rio de la Plata zur Geltung kam.<sup>37</sup> Im Gewand des Föderalismus beanspruchten Provinzcaudillos autonome Souveränität und gründeten eigene Staaten. Den Zentralen gelang es oft nicht, dies aufzuhalten. Dem Zerfall der iberischen Reiche schloss sich zumal in Hispanoamerika vielerorts der Zerfall der ehemaligen kolonialen Großräume an.<sup>38</sup> Damit gingen wiederum Kriege einher, die typische Begleiterscheinungen im Prozess der Nationalstaatsbildung waren. In Lateinamerika blieb zwar die Häufigkeit ausgewachsener zwischenstaatlicher Kriege nicht zuletzt aufgrund der Schwäche der Staaten vergleichsweise gering, ungenaue territoriale Grenzziehungen schufen aber immer wieder Konfliktpotenzial.

Konflikte ergaben sich auch in den Beziehungen zum Ausland.<sup>39</sup> Während der Unabhängigkeitskriege war es nur in Haiti zu direkten Eingriffen dritter Mächte gekommen. In Hispanoamerika und Brasilien handelte es sich um Auseinandersetzungen zwischen Kolonien und Mutterland. Allerdings blieben vor allem die Beziehungen zu England als Quelle von Waffen, Söldnern und später auch diplomatischer Unterstützung von zentraler Bedeutung. Nicht der republikanische Bruderstaat im Norden Amerikas, sondern England war der wichtigste auswärtige Partner der aufständischen Kolonien. Trotz

<sup>28</sup> Adelman: *Sovereignty and Revolution*, S. 383.

<sup>29</sup> Morote (*Militarismo*) erkennt bereits in der Regierung Bolívars in Peru den Anfang des Militarismus.

<sup>30</sup> Flores Galindo: *Buscando un Inca*, S. 220–222.

<sup>31</sup> Weber: *Bárbaros*, S. 260–261.

<sup>32</sup> González de Reufels: *Siedler und Filibuster*.

<sup>33</sup> Diese Zusammenhänge werden mithilfe des Governance-Konzepts durch den Sonderforschungsbereich 700 an der Freien Universität Berlin untersucht.

<sup>34</sup> François-Xavier Guerra: *De lo uno a lo múltiple: Dimensiones y lógicas de la Independencia*. In: McFarlane und Posada-Carbó: *Independence*, S. 44.

<sup>35</sup> Annick Lempérière: *Revolución y estado en América hispánica*. In: Calderón und Thibaud: *Las revoluciones*, S. 62.

<sup>36</sup> Buisson: *Desintegration*, S. 604–616.

<sup>37</sup> Chiamonte: *El mito de los orígenes*, S. 3–7.

<sup>38</sup> Adelman: *Sovereignty and Revolution*, S. 214.

<sup>39</sup> Dazu auch Josefina Zoraida Vázquez: *Una difícil inserción en el concierto de las naciones*. In: Annino und Guerra: *Inventando la nación*, S. 253–286.

der britischen Unterstützung blieb für Haiti und Hispanoamerika das Problem der völkerrechtlichen Illegitimität wegen der unnachgiebigen Haltung Frankreichs und Spaniens noch lange bestehen. Haiti musste sich die Anerkennung 1825 teuer erkaufen. Spanien erkannte seine ehemaligen Kolonien erst nach dem Tod Ferdinands VII. ab 1836 nach und nach an.<sup>40</sup> Im Fall Brasiliens erfolgte die Anerkennung reibungsloser, verursachte aber ebenfalls hohe Kosten.

Die offizielle Aufnahme in die Völkergemeinschaft war wichtig, jedoch war die internationale Lage Lateinamerikas weiterhin problematisch. Nicht nur, dass Spanien, Frankreich und England mit ihren kolonialen Besitzungen in der Region ebenso präsent blieben wie die nach Südwesten expandierenden Vereinigten Staaten, was etwa in Mexiko und Zentralamerika immer wieder zu Grenzkonflikten führte. Auch die Interventionen der Europäer machten sich von Beginn an negativ bemerkbar und überschatteten die neu gewonnene Unabhängigkeit. In Hispanoamerika blieb die begründete Furcht vor einer Rückeroberung beziehungsweise vor einer Förderung monarchistischer Bewegungen durch Spanien noch einige Jahrzehnte bestehen. Akuter waren die direkten Eingriffe anderer europäischer Mächte, oft aufgrund ausstehender Schuldentilgungen und Ansprüche von in Lateinamerika residierenden Europäern. In anderen Fällen ging es um strategische Interessen wie etwa die Sicherung der Handelsfreiheit am Rio de la Plata. Ein besonderes Motiv war die Durchsetzung des Sklavenhandelsverbots in Brasilien. In allen Fällen spielten die Souveränitätsrechte der lateinamerikanischen Staaten aus der Sicht der Europäer kaum eine Rolle.

### III. Staaten ohne Nation

Die Probleme der Staatsbildung waren nicht zuletzt auf die Skepsis zurückzuführen, die große Teile der Bevölkerung einem politischen System entgegenbrachten, das nicht eindeutig klärte, wer der neue Souverän war. Die ›Nation‹ beziehungsweise das ›Volk‹ blieben vage Begriffe, die die neuen Eliten je nach Interessenlage breiter oder enger definierten, da sie nicht das Risiko sozialer Umwälzungen eingehen wollten, sondern am Status quo festhielten. Die Sprache war oft die der universellen Werte, die Praxis blieb immer sozial diskriminierend. In den ethnisch heterogenen Gesellschaften Lateinamerikas, in denen die ausgegrenzten nichtweißen Bevölkerungsgruppen die klare Mehrheit stellten, war die Kluft zwischen Freiheits- und Gleichheitsrhetorik und sozialer Realität besonders problematisch.

Die Voraussetzungen für die Konstruktion nationaler Identitäten in Lateinamerika waren angesichts der großen ethnischen Heterogenität problematisch. Gemeinsame Nenner für die Basis kollektiver Identitäten mussten gefunden oder geschaffen werden, um Bezüge zum Gemeinwesen herzustellen, die den traditionellen Fokus auf die Person des Monarchen ersetzen konnten.<sup>41</sup> In An-

knüpfung an die spätkolonialen Transformationsprozesse in den kreolischen Identitäten schälten sich verschiedene Elemente heraus, um die herum Identitätsbildungsprozesse stattfinden konnten.

Wichtig war dabei zunächst der Bezug zum Geburtsort, dem Heimatland oder der patria. Dieser im spanischen Sprachgebrauch traditionelle Begriff und seine Ableitung patriota erhielt bereits seit der Französischen Revolution eine Aufladung durch das mit ihm in Beziehung gesetzte Freiheitsprinzip.<sup>42</sup> Eng damit verbunden, nahm auch die Bezugnahme auf die ›Nation‹ zu. Waren es im hispano-amerikanischen Kontext zunächst die cortes von Cádiz, die die Nation zusammenriefen und damit eben auch die Abgeordneten aus Amerika, so sollte sich dieses inklusive Nationsverständnis verengen, als die Revolutionskriege in Gang kamen. In Abgrenzung von den Spaniern sprach man hier von der nación americana und von ihren Einwohnern als den americanos.<sup>43</sup> In der Realität war der Bezug jedoch in der Regel noch enger, bezeichnete man mit nación eben doch in erster Linie die eigene Region, den Bezirk der audiencia, die durch koloniale Verwaltungsgrenzen, wirtschaftliche Verbindungen und gemeinsame historische Erfahrungen vorgeprägt war. Dies war eine Tendenz, die sich angesichts der faktischen politischen Desintegration zunehmend verstärkte.<sup>44</sup>

Ein Grundproblem war jedoch, dass die kreolischen Eliten, die den Nationsdiskurs bestimmten, Sprache, Kultur und Religion mit den europäischen Kolonialmächten teilten, von denen sie sich gerade erst gelöst hatten. So stellte sich von Beginn an die Frage nach der Definition des Eigenen, das Identität stiften konnte. Die Oberschichten der jungen Republiken unternahmen unterschiedliche Maßnahmen zur Konstruktion einer nationalen Symbolsprache. Vom offiziellen Heldenkult reichten diese über die Errichtung von Nationaldenkmälern bis hin zur Ausrichtung regelmäßiger nationaler Feiern.<sup>45</sup>

Der Aufstieg der Nation und des modernen Staates erforderte auch die Auseinandersetzung mit exogenen Faktoren, was Anpassung, Wettbewerb und Legitimationsdruck erzeugte, dem man durch Historisierung des Eigenen und die Suche nach den vermeintlich essenziellen Wurzeln der Nation begegnete. Geschichte wurde damit zu einem zentralen Element in der Konstruktion der nationalen Identität. Insbesondere die Bezüge zur eige-

ginal la nación, S. 10–11) spricht in diesem Zusammenhang vom Fehlen unterschiedlicher »Nationalitäten«.

<sup>42</sup> Gabriel Di Meglio: Patria. In: Goldman: Lenguaje y revolución, S. 115–130.

<sup>43</sup> S. dazu jetzt auch Chasteen: Americanos, S. 1–5.

<sup>44</sup> Mónica Quijada: ¿Qué nación? Dinámicas y dicotomías de la nación en el imaginario hispanoamericano del siglo XIX. In: Guerra und dies.: Imaginar la nación, S. 20–31. S. a. Chiaramonte: Nación y estado, S. 53–55. François-Xavier Guerra: Las mutaciones de la identidad en la América hispánica. In: Annino und ders.: Inventando la nación, S. 185–215.

<sup>45</sup> Zu den Denkmälern s. Rinke: Pillars of the Republics. S. a. die Länderstudien von Fabian Alejandro Campagne (Cono Sur), Georges Lomné (Kolumbien) und José Murilo de Carvalho (Brasilien) in Annino und Guerra: Inventando la nación, S. 433–532. Außerdem die Aufsätze in Achugar und D'Alessandro: Derechos de memoria sowie in Colom: Relatos de la nación.

<sup>40</sup> Juan Carlos Pereira Castañares: Las relaciones diplomáticas entre España e Hispanoamérica en el siglo XIX. In: Bosco: Iberoamérica, S. 107–154.

<sup>41</sup> François-Xavier Guerra (Introducción. In: ders. und Quijada: Ima-



nen «Antike», der glorreichen indigenen Vergangenheit mit ihren Ruinen, heldenhaften Häuptlingen und glorreichen Namen – von Anáhuac bis Cundinamarca – waren dabei seit Beginn der Unabhängigkeitsbewegung zentral, auch wenn konservative Strömungen immer wieder auf die Bezüge zu den spanischen Konquistadoren hinwiesen. Die Anfangseuphorie legte sich jedoch nach Erreichen der Unabhängigkeit vergleichsweise schnell, da sich die realen Probleme der noch immer existierenden indigenen Bevölkerung vordrängten.<sup>46</sup>

Die neuen Regierungen strebten durchaus schon frühzeitig eine Integration dieser Bevölkerungsgruppe mithilfe elementarer Bildung an, um eine Homogenisierung des Staatsvolks herbeizuführen. Dabei griff man auf das bewährte pädagogische Instrument der politischen Katechismen zur Verbreitung der neuen republikanischen Werte zurück. Aufgrund der fehlenden Lese- und Schreibfähigkeit sowie der Probleme beim Aufbau von Schulen im ländlichen Raum war der Erfolg derartiger Maßnahmen jedoch gering. Das Misstrauen indigener Gemeinschaften gegenüber diesen Einrichtungen ließ sich zumal in den Grenzregionen nur schwer, und wenn, dann nur durch materielle Anreize überwinden. Die gescheiterten Bemühungen der jungen Staaten trugen denn auch eher zur Delegitimierung und damit zur Instabilität bei.<sup>47</sup>

Nach dem Willen der Verfassungsväter sollte die ethnische Zugehörigkeit zumindest in der Theorie keine gesellschaftliche Rolle mehr spielen. Insbesondere die radikalen Visionen gingen von einer Nation von Staatsbürgern, von *ciudadanos*, aus, die vor dem Gesetz gleich waren und keine besonderen korporativen Privilegien mehr genießen durften. Daher schaffte man auch vielerorts *expressis verbis* den kolonialzeitlichen Begriff *indio* mit seinem pejorativen Unterton ab und ersetzte ihn durch die Bezeichnung «Indigener», *indígena*. Doch damit allein war es nicht getan, denn die Unterschichten waren nicht nur passive Objekte der Unabhängigkeitskriege, sondern teils aktiv daran beteiligt und hatten bereits seit den 1760er-Jahren ihr rebellisches Potenzial wiederholt nachdrücklich unter Beweis gestellt. Durch die Kriege wurden viele bis dahin marginalisierte Bevölkerungsschichten mobilisiert. Die Zwangsrekrutierung war umfassend, und sie betraf auch Indigene und Frauen, die niedere logistische Dienste zur Versorgung der Truppen leisten beziehungsweise mit dem Tross mitziehen mussten.<sup>48</sup> Die Versorgung der Veteranen und Kriegsverehrten blieb ein ungelöstes Problem, sodass viele verarmten und verelendeten. Nach Kriegsende forderten sie die Versprechen der Revolution von Freiheit, Gleichheit und Selbstbestimmung ein. Insbesondere ging es um die endgültige Überwindung der Sklaverei, die rechtliche Diskriminierung aller nichtweißen Bevölkerungsgruppen und gegen die traditionelle Spaltung der Gesellschaft in Weiße und Indigene. Die Revolution in Haiti setzte da-

bei mit dem Ende der Sklaverei ein Beispiel für die radikalste Form der sozialen Transformation, das vielerorts mobilisierend wirkte. Doch auch andere ethnische Gruppen wie die Indigenen unter Hidalgo und Morelos in Mexiko, die *llaneros* in Venezuela, die *Guerilla* in Peru und Hochperu oder die *Mapuche* in Chile griffen mit ganz unterschiedlichen Motiven ins Geschehen ein. Das ist gemeint, wenn die neueste Historiographie von den «anderen Rebellionen» innerhalb der Revolution spricht, die beweisen, dass «das Volk» als solches nicht existierte, sondern dass es sich um viele teils miteinander kooperierende, teils aber auch miteinander konkurrierende Gruppen handelte.<sup>49</sup>

Aus Sicht der Oberschichten stellte dies eine Bedrohung im Innern dar, die kaum weniger besorgniserregend war als die äußere Gefahr. Insbesondere für die hispanoamerikanischen Kreolen handelte es sich um eine grundlegende und nicht hinnehmbare Störung der sozialen Ordnung, die wenn nicht gleich in einen ethnischen Krieg, so doch mindestens in Anarchie münden konnte. Sie waren schon während der Kriege besorgt über die bewaffnete Beteiligung von nichtweißen freien Bevölkerungsgruppen und ließen sie nur der Not gehorchend zu. Ein sprechendes Beispiel dafür war Bolívar selbst. Nach Kriegsende entfiel die Legitimation der alten Zwangsarbeitssysteme und damit ein wichtiger Kontrollmechanismus. Daher zogen die neuen Staaten die internen ethnisch-sozialen Grenzen durch Einschränkungen beim Wahlrecht sowie durch sozial- und wirtschaftspolitische Maßnahmen schnell neu und noch, bevor die territorialen Grenzen feststanden. Dies schürte das Misstrauen zwischen den sozialen Gruppen und ließ starke wirtschaftliche, ethnische und gesellschaftliche Ungleichheiten bestehen.

In der Tat wurde der Aufruf zum «Kampf gegen die Sklaverei» zur viel benutzten Devise, die allerdings unterschiedliche Bedeutungen hatte.<sup>50</sup> Die Revolutionsführer verwendeten sie, um damit ihren Kampf gegen die europäische Kolonialherrschaft zu rechtfertigen. Dafür mobilisierten sie in Anknüpfung an Rekrutierungstraditionen der kolonialen Milizen jedoch – wie auch ihre royalistischen Feinde – «echte» Sklaven und versprachen ihnen dafür die Freiheit. Dies löste nicht vorhergesehene Wirkungen aus, denn die Sklaven übernahmen die Sprache der Freiheit und führten zunehmend selbst aktiv das Wort, wobei sie sich auf ihre treuen Dienste für das Vaterland beriefen.<sup>51</sup> Der bewaffnete Kampf einer ethnisch heterogenen Armee barg revolutionäres Potenzial, denn die Sklaven kämpften nicht nur für ein Ideal, sondern für ihre individuelle Freiheit.<sup>52</sup>

Der Ruf zu den Waffen stieß keineswegs bei allen Sklaven auf Gehör. In manchen Fällen versteckten Sklavenhalter ihr menschliches Eigentum, um es zu bewahren. Widerstand kam auch von den Sklaven selbst, die den Versprechungen misstrauten und die Wiederversklavung nach

<sup>46</sup> Hans-Joachim König: Die Mythisierung der «Conquista» und des «Indio» zu Beginn der Staats- und Nationbildung in Hispanoamerika. In: ders.: Von Kolumbus bis Castro, S. 147–162. S. a. Earle: Return of the Native, S. 20–78.

<sup>47</sup> Contreras und Hölck: Educating Bárbaros.

<sup>48</sup> Potthast: Von Müttern und Machos, S. 188–191.

<sup>49</sup> Van Young: The Other Rebellion, S. 498.

<sup>50</sup> Costa: Brazilian Empire, S. 10–12.

<sup>51</sup> Blanchard: The Language of Liberation, S. 499–501.

<sup>52</sup> Manfred Kossok: Revolution und Nationwerdung in Spanisch-Amerika. In: ders.: Revolution, S. 9.

Kriegsende befürchteten. Viele derjenigen, die sich den Zwangsrekrutierungen entziehen konnten, nutzten lieber die Gunst der Stunde zur Flucht. Die Kriege und die damit einhergehende Schwächung der staatlichen Autoritäten boten auch Sklavinnen Fluchtmöglichkeiten, und auf manchen Plantagen brach die Disziplin vollends zusammen. Das galt selbst für Regionen Brasiliens wie vor allem Bahia, wo die Sklavenaufstände in der großen Revolte von 1835 gipfelten.<sup>53</sup>

Die Ergebnisse der Unabhängigkeitsrevolutionen in Hinblick auf die Sklaverei waren ambivalent. Aufgrund des britischen Drucks schaffte man den Sklavenhandel mit Ausnahme Boliviens (1840) und Paraguays (1842) fast überall noch in den 1820er-Jahren ab. Die Durchsetzung des Verbots ließ jedoch noch lange auf sich warten. In Brasilien dauerte der Handel bis 1850 weiter an. Die Institution an sich war noch langlebiger. Zwar wurde die Sklaverei in einigen Ländern Hispanoamerikas, wo der Sklavenanteil wie in Chile (1823), Zentralamerika (1824) und Mexiko (1829) kaum eine Rolle spielte, noch in den 1820er-Jahren abgeschafft. In der Dominikanischen Republik kam es nach der haitianischen Invasion 1822 sogar zur sofortigen Abschaffung. In der Regel erließ man Gesetze über die freie Geburt oder verschob die Freiheit durch sogenannte Lehrphasen bis zur Volljährigkeit, wobei nicht selten das Volljährigkeitsalter immer weiter heraufgesetzt wurde.<sup>54</sup> Dadurch zögerte sich das Ende der Sklaverei in den meisten Ländern Hispanoamerikas bis in die 1850er-Jahre hinaus. Paraguay stand 1869 am Ende dieser Entwicklung. Wenige Jahre später folgten die spanischen Kolonien Puerto Rico (1873) und Kuba (1886). 1888 zog endlich auch Brasilien als letztes amerikanisches Land nach.<sup>55</sup> Trotz aller Einschränkungen war das Ende der Sklaverei, das in Haiti seinen Anfang nahm, ein unzweifelhaft revolutionärer Aspekt dieser Epoche.<sup>56</sup>

Die Rolle der freien Bevölkerung mit afroamerikanischen oder gemischten Wurzeln änderte sich in diesem Zeitraum schrittweise. In Haiti übernahmen *gens de couleur* phasenweise selbst die Ruder der Macht, doch das blieb die Ausnahme. In anderen lateinamerikanischen Staaten wurde die rechtliche Diskriminierung der Mestizen und Mulatten zumindest theoretisch aufgegeben. So entfielen etwa die unterschiedlichen Geburtsregister und Sondersteuern wie zum Beispiel die *contribución de castas* in Peru. Kanäle sozialer Mobilität öffneten sich vor allem durch den Dienst im Militär. Obwohl die ethnisch motivierten Vorurteile in der Praxis stark blieben und weiterhin effektive Barrieren für den Aufstieg darstellten, gab es zumindest vielerorts keine rechtlich fixierten Normen mehr, die dies legitimierten.

Für die indigene Bevölkerung Hispanoamerikas war die rechtliche Gleichstellung ein wichtiger Schritt. Damit war ein Ende der Segregation verbunden, die man abschaffte, weil sie der Integration der Indigenen in die Marktwirtschaft widersprach und der Eingliederung der

neuen Staatsbürger im Wege stand. Die liberalen Vorstellungen vom Privatbesitz und vom Ende korporativer Privilegien bedingten die Auflösung indigenen Gemeinschaftsbesitzes. Die kreolischen Führungsschichten waren besonders stolz auf diesen Modernisierungserfolg, da er die Abkehr vom kolonialen Erbe deutlich machte. Die Indigenen sahen die Entwicklungen jedoch mit gemischten Gefühlen, denn der Tribut hatte zwar eine Belastung dargestellt, ihnen andererseits aber auch eine besondere Rolle als indigene Untertanen mit einigen Sonderrechten sowie ein gewisses Maß an Schutz garantiert. In der Tat brachte der Verlust dieser Sonderstellung in den frühen Republiken mancherorts soziale Verwerfungen mit sich. So kam es etwa zu Migrationsströmen, die zwar einzelnen Beteiligten neue Chancen bieten konnten, aber auch alte Gemeinschaften zerstörten.<sup>57</sup>

Die Rhetorik des Wandels war jedoch auch in diesem Fall weitaus stärker ausgeprägt als die tatsächlichen Veränderungen, denn die neuen Gesetze fanden längst nicht überall Anwendung. Die neuere Forschung hat herausgearbeitet, dass es während der Revolutionskriege gerade innerhalb der indigenen Bevölkerungsgruppe starke Strömungen gab, denen es in erster Linie um den Erhalt ihrer traditionellen Lebensweise ging. Ein gutes Beispiel dafür war sicherlich Mexiko, wo der Erhalt der Religion mit dem Verweis auf die ungläubigen Franzosen und liberalen Spanier eine große Rolle bei der Mobilisierung der Unterschichten spielte. Dies war gepaart mit messianischen Heilserwartungen auf die Wiederkehr des Königs.<sup>58</sup> Nicht nur in Mexiko, sondern auch in Zentralamerika, im Andenraum und überall dort, wo sich die Eingliederung in die Exportwirtschaft noch hinauszögerte und eher eine wirtschaftliche Isolierung zu beobachten war, blieben die alten Strukturen erhalten, lebten indigene Gemeinschaften ihre Lebensweise noch lange nach dem Ende der Unabhängigkeitsrevolutionen weiter.

Selbst der Indigenentribut konnte sich unter diesen Bedingungen etwa im Andenraum halten, was den begüterten Kreisen entgegenkam, die es ablehnten, Steuern zu zahlen oder Anleihen zur Finanzierung des Staatshaushaltes aufzubringen.<sup>59</sup> Hier ging die Abschaffung indigener Privilegien – nämlich des Gemeinschaftsbesitzes – mit dem Erhalt der traditionellen Belastungen einher. Indigene mussten eine doppelte Bürde tragen, die mit dem Eintritt in die Weltwirtschaft noch erschwert wurde, denn dadurch waren sie noch stärker dem Wettbewerb ausgesetzt, und die Zugriffe auf ihr Land nahmen zu. Die Arbeitsbeziehungen änderten sich ohnehin kaum, da an die Stelle der kolonialen Arbeitszwänge die Schuldknechtschaft trat oder Gesetze gegen Vagabundentum die Zwangsarbeit wieder einführten.

Dass es mit der kreolischen Befreiungsrhetorik nicht weit her war, zeigte sich schon während des Kriegs, als alle Kriegsparteien Indigene für niedere Dienste heranzogen. Nichtsdestotrotz nahmen diese aktiv an den Unabhängigkeitskriegen teil, jedoch nicht immer im Sinne der

<sup>53</sup> Blanchard: *Under the Flags of Freedom*, S. 141–159. Zum Gesamtkontext der entlaufenen Sklaven s. Thompson: *Flight to Freedom*.

<sup>54</sup> Blanchard: *Under the Flags of Freedom*, S. 160–182.

<sup>55</sup> Andrews: *Afro-Latin America*, S. 53–84.

<sup>56</sup> Kinsbruner: *Independence*, S. XV.

<sup>57</sup> Larson: *Trials of Nation Making*, S. 7.

<sup>58</sup> Van Young: *The Other Rebellion*, *passim*.

<sup>59</sup> Larson: *Trials of Nation Making*, S. 38–50.

kreolischen und spanischen Anführer.<sup>60</sup> Teils waren sie in realistischer Einschätzung dessen, was ihnen unter kreolischer Führung drohte, royalistisch gesinnt, teils griffen sie auf der Seite der Republikaner in die Kämpfe ein, verfolgten dabei aber eigenständige Ziele – wie z. B. im Fall von Hidalgo und Morelos. Teils lässt sich der zielgerichtete Versuch erkennen, eine Integration zu bewerkstelligen und die indigene Identität aufzugeben, da diese keinen Schutz mehr bot. Indios, das waren dann nur noch die Wilden oder bárbaros, die im unzugänglichen Hinterland lebten.<sup>61</sup>

In manchen Regionen beriefen sich Indigene zunehmend selbstbewusst darauf, Staatsbürger zu sein, und lehnten Tribute und Zwangsarbeitssysteme ab.<sup>62</sup> Sie nahmen bereits an den Wahlen unter der Verfassung von Cádiz teil und gewannen dadurch vor allem in den Regionen an Bedeutung, in denen sie die Bevölkerungsmehrheit stellten. Kurzfristig kamen hier die kolonialzeitlichen ethnischen Hierarchien ins Wanken. Allerdings schränkten die republikanischen Verfassungen diese Entwicklungen durch Zensuswahlrecht und die geforderte Lese- und Schreibfähigkeit im Lauf des 19. Jahrhunderts wieder ein, weil die Eliten die Probleme der Regierbarkeit am ihres Erachtens zu liberalen Wahlrecht festmachten. Ihrer Meinung nach machte die fehlende staatsbürgerliche Bildung eine fundierte Wahlentscheidung unmöglich.<sup>63</sup>

Als Bildungs- und damit als Zivilisationsträger verstanden sich die in Amerika geborenen Eliten mit europäischen Wurzeln, die mit der Ausnahme Haitis allerorten an der Spitze der neuen Staaten standen. Sie waren die Gewinner der Unabhängigkeitsrevolutionen. Diese amerikanischen Eliten ersetzten nun die europäischen Repräsentanten der Kolonialreiche in den Spitzenpositionen von Politik, Wirtschaft und Verwaltung. Insbesondere Landbesitz stellte die Machtbasis neuer ländlicher Oberschichten dar, aus deren Umfeld sich zahlreiche Caudillos rekrutierten. Grundsätzlichen sozialen Wandel strebten sie nicht nur nicht an, sondern waren bemüht, diesen zu verhindern, ohne dabei die liberale Rhetorik aufgeben zu müssen. Deshalb suchten sie erfolgreich Arrangements, um alte soziale Privilegien im neuen Gewand zu erhalten.

Wie das Panorama der sozialen Entwicklungen zeigt, hatten die Unterschichten «... keinerlei oder nur wenig Nutzen aus der politischen Befreiung von Spanien ziehen können. Sie hatten keine neue Freiheit – bestenfalls neue Herren.» Zweifellos zeigten sich gerade an der gesellschaftlichen Dimension viele Kontinuitäten zur Kolonialzeit. Allerdings ging von den zwei repúblicas der Kolonialzeit, derjenigen der Spanier und derjenigen der Indigenen, die Entwicklung hin zu der einen Republik nach modernem Verständnis, wenn diese auch in sich

fragmentiert und gespalten blieb.<sup>64</sup> Wichtig war, dass sich mit den Revolutionen eine Sprache der Freiheit und Gleichheit etabliert hatte, auf die auch die nichtprivilegierten Schichten in Zukunft zurückgreifen konnten, um Gleichberechtigung einzufordern.

#### IV. Die wirtschaftlichen Kosten der Freiheit

Der soziale Stillstand und die Rückschritte der frühen Republiken waren aufs Engste mit wirtschaftlichen Entwicklungen verbunden, die nicht hielten, was sie ursprünglich versprochen. Anfangs herrschte enormer Optimismus. Den Freihandel, der ja eine zentrale Forderung großer Teile der Oberschichten gewesen war, hatte man schließlich erreicht. Jedoch war der Optimismus trügerisch. Statt des erhofften Wachstums waren die makroökonomischen Indikatoren noch 1850 in vielen Ländern der Region schlechter als 1800. Besonders deutlich war dies in Mexiko, das im 18. Jahrhundert noch die aufstrebende Perle im spanischen Kolonialreich darstellte und nach der Unabhängigkeit im Chaos versank.<sup>65</sup> Die politische Instabilität, verstärkt durch interne Rivalitäten etwa zwischen Freihandelsbefürwortern und Protektionisten oder zwischen Zentralregionen und Peripherien, war ein zentrales Problem, das das Wirtschaftsleben hemmte. Staatliche Wirtschaftspolitik, so überhaupt vorhanden, war unstet und bestand zunächst vor allem aus Experimenten, die selten funktionierten. Insgesamt spricht man heute für den Zeitraum von 1820 bis ca. 1870 zumeist von «verlorenen Dekaden», wenngleich die neueste Forschung auf die Notwendigkeit regionaler Differenzierungen hingewiesen hat.<sup>66</sup>

Im Jahr 1830 hatten die meisten lateinamerikanischen Regionen lange Jahre intensiver Kriegsführung hinter sich. Die besonders umkämpften Regionen hatten unter Plünderungen, Zwangskontributionen und Verwüstungen stark zu leiden gehabt. Die Zerstörung von Landwirtschaft, Bergbau und Industrie hatte die Flucht von Arbeitskräften und Kapital zur Folge. Das Ende von Sklaverei und mita stellte vielerorts die Arbeitsprozesse infrage. Traditionelle Handelsbeziehungen zwischen einzelnen Großräumen gingen ebenso verloren wie das Wegenetz, auf dem sie abgewickelt wurden. Die jungen Staaten starteten daher mit einer schweren wirtschaftlichen Hypothek in die Unabhängigkeit.<sup>67</sup>

Der einst sprichwörtliche Reichtum der amerikanischen Kolonien basierte vor allem auf ihren Edelmetallvorkom-

<sup>64</sup> Dieses Bild hat geprägt Thurner: *From Two Republics*, S. 6–8.

<sup>65</sup> Rector: *Impacto económico*, S. 295. S. a. die Länderstudien zu Mexiko, Zentralamerika, Kuba, Kolumbien, Peru, Brasilien, Paraguay und Argentinien in Prados und Amaral: *La independencia americana*, S. 31–218.

<sup>66</sup> Bates et al.: *Lost Decades*, S. 917–943. John H. Coatsworth: *La independencia latinoamericana: hipótesis sobre los costes y beneficios*. In: Prados und Amaral: *La independencia americana*, S. 17–27. Leandro Prados hat unlängst eine vergleichsweise positive Entwicklung in Lateinamerika ausgemacht, wenn man nicht die USA und Europa, sondern andere postkoloniale Gesellschaften mit ähnlichen Ausgangsbedingungen heranzieht. Prados: *Lost Decades?*, S. 279–307.

<sup>67</sup> Die jüngere Forschung hat herausgearbeitet, dass manche Probleme auf Schief lagen aufbauten, die bereits in der Kolonialzeit angelegt waren. Ein Beispiel dafür ist die mexikanische Textilproduktion. Salvucci: *Textiles and Capitalism*.

<sup>60</sup> Am Beispiel der Rebellion im peruanischen Huanta von 1825–1828 zeigt dies Méndez: *The Plebeian Republic*, S. 6–7.

<sup>61</sup> Saether: *Independence and the Redefinition of Indianness*.

<sup>62</sup> Rodríguez: *La revolución política*, S. 124–125.

<sup>63</sup> Sabato: *On Political Citizenship*, S. 1297. Büschges: *Von Staatsbürgern*, S. 706.



men. Die Bergwerke, die diesen Reichtum erzeugten, wurden von den Kriegen besonders stark in Mitleidenchaft gezogen. Insbesondere in Mexiko brauchte es lange, bis eine Erholung einsetzte, die auf Vorkriegsniveau zurückführte, weil qualifizierte Arbeitskräfte und vor allem Kapital fehlten. Die frühen Misserfolge britischer Investoren in Mexiko, Peru und Bolivien wirkten abschreckend. Teils hatten sie den Kapitalaufwand für die Trockenlegung der überfluteten Bergwerke unterschätzt, teils scheiterten sie aus anderen Gründen. Nur die peruanische Silberproduktion hatte sich schon in den 1830er-Jahren spürbar erholt. Wachstum war vor allem dort möglich, wo wie im mexikanischen Zacatecas oder im chilenischen Norden neue Minen entdeckt wurden. Zwar nahmen auch Rohstoffe wie Zinn aus Bolivien und Kupfer aus Chile an Bedeutung zu, doch blieb Silber noch das wichtigste Bergbauprodukt.<sup>68</sup>

Der landwirtschaftliche Sektor blieb der mit Abstand größte Bereich der lateinamerikanischen Volkswirtschaften. Der Großgrundbesitz, die Hacienda, hielt sich vergleichsweise gut und konnte teils sogar in neue Regionen an den Grenzen expandieren. Dies war nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass der Kapitalbedarf hier wesentlich geringer war als in Bergbau und Industrie. Daher war man weniger krisenanfällig. Allerdings handelte es sich in der Regel um sehr rückständige Produktionsformen. Die Selbstversorgungslandwirtschaft blieb in den riesigen Regionen abseits der wirtschaftlichen Zentren dominierend, die auch wenig vom neuen Freihandel betroffen waren, weil sich die hohen Transportkosten ins Landesinnere nicht rentierten.<sup>69</sup>

Die exportorientierten Bereiche der Landwirtschaft profitierten dagegen teilweise durchaus von der Handelsliberalisierung. Das galt etwa für die Viehhaltung, die in einigen Regionen wie dem La-Plata-Raum, in Venezuela und in Brasilien expandierte. Der Export von Pökelfleisch für die Ernährung von Sklaven erwies sich als profitabel. Einige Plantagenprodukte wie Kakao und Kaffee konnten ebenfalls zulegen, was zum Beispiel in Ecuador und Venezuela nach dem Ende der Sklaverei durchaus zu Problemen aufgrund des Arbeitskräftemangels führte. Zucker, das traditionelle Exportprodukt, boomte vor allem in der spanischen Kolonie Kuba, die mit der Zeit immer wertvoller für das Mutterland wurde und in den 1820er und 30er-Jahren enorme Sklaveneinfuhren verzeichnete. 1834 fuhr in Kuba sogar schon die erste Eisenbahn Lateinamerikas. Allerdings führte das Festhalten an der Sklaverei hier wie auch in Brasilien langfristig zu Problemen und erlaubte nur eine langsame wirtschaftliche Gesamtentwicklung wegen der einseitigen Konzentration auf einen Sektor.<sup>70</sup> Insgesamt wuchs der Exportsektor im Großteil Lateinamerikas in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts trotz der vergleichsweise günstigen terms of trade nur wenig.

Was das Wirtschaftsleben im Allgemeinen in diesem

Zeitraum erschwerte, war der Kapitalmangel, der vor allem auf Kapitalflucht zurückzuführen war. Der Abzug der Spanier und Royalisten, die neben ihrem Vermögen auch ihr Know-how mitnahmen, war eine direkte Kriegsfolge.<sup>71</sup> Die Handelspraktiken der Briten, die Bargeld für ihre begehrten Waren verlangten, verstärkten den Trend des Kapitalabflusses. Unternehmen hatten einen schweren Stand, weil sich keine Kapitalquellen auftaten.

Wie die Privaten litt auch der Fiskus unter der Finanzkrise. Die Kriege hatten hohe Kosten verursacht, die nur teilweise durch Zwangsanleihen der Armeen in den «befreiten» Gebieten aufgebracht werden konnten. Nach Kriegsende war vielerorts kein Geld mehr vorhanden. Selbst in Brasilien gingen der Staatskasse durch die Kriege gegen die Provinzen bald die Gelder aus.<sup>72</sup> Hinzu kam, dass die unabhängigen Staaten die kolonialen Steuersysteme und die Praktiken des Ämterverkaufs abschaffen mussten, war dies doch von Beginn an ein zentrales Anliegen der Unabhängigkeitsbewegungen gewesen. Allerdings gab es dafür keinen Ersatz, da die Regierungen zu schwach oder nicht willens waren, das Steuersystem zu erneuern beziehungsweise Steuerreformen durchzusetzen. Problematisch waren ferner die hohen Ausgaben für das Personal der neuen Institutionen in Regierung, Parlamenten und Gerichten. Der Finanznot gehorchend, suchte man daher mancherorts wie in Peru und Bolivien Zuflucht zu Altbewährtem und führte den Indigenentribut wieder ein. In anderen Ländern avancierten dagegen die Einnahmen aus den Außenhandelszöllen zur wichtigsten staatlichen Einnahmequelle.<sup>73</sup>

In der Tat war der Außenhandel ein zunehmend wichtiger Faktor in der wirtschaftlichen Entwicklung Lateinamerikas, auch wenn es in den meisten Ländern der Region noch bis weit in die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts dauerte, ehe die Integration in den Weltmarkt griff. Die Frage der Regulierung des Außenhandels war ein Politikum ersten Grades. An ihr schieden sich die Geister, denn Freihandels- und Protektionismusbefürworter, die sich oftmals in den jeweiligen Lagern von Zentralisten und Föderalisten sammelten, hatten ganz unterschiedliche Vorstellungen. Angehörige beider Lager mussten sich bald eingestehen, dass eine neue außenwirtschaftliche Abhängigkeit von Großbritannien entstand, die auch dazu beitrug, dass sich das Problem der fehlenden regionalen – ganz zu schweigen von der nationalen – Integration weiter vertiefte.

Mit der Unabhängigkeit fielen die alten Kolonialmächte Spanien und Portugal mit ihren anachronistischen Monopolansprüchen endgültig als Mittlerinnen des Handels von Amerika nach Europa aus. Wo England dies nicht schon wie am Rio de la Plata (1809) vor Erlangung der Unabhängigkeit auch de iure erreicht hatte, erhielt es nun

<sup>68</sup> Bulmer-Thomas: *Economic History*, S. 34–35.

<sup>69</sup> Bulmer-Thomas: *Economic History*, S. 39–40.

<sup>70</sup> Stephen Haber und Herbert S. Klein: *The Economic Consequences of Brazilian Independence*. In: Haber: *How Latin America Fell Behind*, S. 243–259.

<sup>71</sup> Paul Rizo Patrón Boylan: *Las emigraciones de los súbditos realistas del Perú hacia España durante la crisis de la Independencia*. In: O'Phelan Godoy: *Independencia en el Perú*, S. 407–428.

<sup>72</sup> Adelman: *Sovereignty and Revolution*, S. 375–382. Als regionales Beispiel s. etwa Carlos Contreras: *La transición fiscal de la colonia a la república*. In: O'Phelan Godoy: *Independencia en el Perú*, S. 172–236.

<sup>73</sup> Prados: *Lost Decades?*, S. 281–287.

nach und nach direkten und unumschränkten Zugang zu allen lateinamerikanischen Märkten, ab 1817 sogar in den spanischen Kolonien Kuba und Puerto Rico. Der Freihandel löste in England und den anderen am Überseehandel interessierten Regionen wie zum Beispiel den Hansestädten große Euphorie aus. Die Hoffnungen auf bislang verschlossene Märkte, deren Potenzial spätestens seit Alexander von Humboldt in aller Munde war, waren groß.<sup>74</sup>

Grundlage der lateinamerikanischen Außenwirtschaften wurden die Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsverträge, die die jungen Staaten mit den europäischen Mächten und mit den Vereinigten Staaten auf der Basis des Prinzips der Meistbegünstigung abschlossen. In der Vertragswirklichkeit profitierten jedoch vor allem die Europäer. Lateinamerika entstanden hohe Kosten, denn die offenen Häfen und der Freihandel schränkten in vielen Fällen die Möglichkeiten zur gezielten Förderung der nationalen Wirtschaft erheblich ein. Ferner entfiel durch das Meistbegünstigungsprinzip die Möglichkeit, die Integration innerhalb Lateinamerikas durch gezielte Handelsabsprachen zu fördern. So bildeten die Verträge einerseits die Grundlage für die Anerkennung der lateinamerikanischen Unabhängigkeit und schufen andererseits neue wirtschaftliche Abhängigkeiten. Die Briten verdrängten mit ihren konkurrenzlos billigen Produkten schon bald die Einheimischen aus dem Handel, wenngleich sich seit den 1820er-Jahren auch die US-amerikanische und europäische Konkurrenz bemerkbar machte.<sup>75</sup> In Lateinamerika trug der Freihandel zweifellos dazu bei, eine Protoindustrialisierung zu verhindern, da die Produzenten nicht mit Importprodukten konkurrieren konnten. Insbesondere die aus der Kolonialzeit stammenden Textilmanufakturen, die obrajes, gerieten dadurch unter Druck.

Das galt allerdings dort nicht, wo die Importe aufgrund der im 19. Jahrhundert noch notorisch hohen Transportkosten nicht hinkamen. Der Freihandel wirkte sich also keineswegs flächendeckend aus. Riesige Gebiete im Binnenland wie zum Beispiel das indigene Hochland, wo die Subsistenzwirtschaft prägend war, blieben davon unberührt. Zwar stieg die fiskalische Abhängigkeit von den Handelszöllen allerorten. Es zeigten sich aber große Unterschiede je nach geographischer Lage. In Hispanoamerika schränkte darüber hinaus die Tatsache, dass mit der Unabhängigkeit zahlreiche neue Staaten mit eigenen Zöllen entstanden und damit die riesige De-facto-Freihandelszone des Kolonialreichs unterging, die Vision vom liberalen Handelsverkehr zusätzlich ein.<sup>76</sup> Nur den Regionen, die wie Buenos Aires eng in die transatlantischen Wirtschaftskreisläufe eingebunden waren, brachte der freie Außenhandel tatsächlich Wachstum.<sup>77</sup>

Die internationale wirtschaftliche Integration ging aller-

dings auch dort mit einer Verschuldung einher, deren Ausmaße die Regierungen anfangs nicht übersahen. Schon in den ersten Jahren der Unabhängigkeit steuerte Lateinamerika auf die erste Schuldenkrise zu. Bereits ab 1822 kam es, angefangen mit Großkolumbien, zu einem Boom der englischen Anleihen in der Region. Bis 1825 hatten fast alle lateinamerikanischen Staaten in der Londoner City öffentliche Anleihen aufgenommen.<sup>78</sup> Das erschien aus fiskalischen Gründen dringend notwendig, denn einerseits führte die Abschaffung der Steuern zu Einnahmeausfällen, und andererseits verschlangen die andauernden Kriege weiter hohe Summen. In England war die Bereitschaft zur Kreditvergabe groß, da das Anleiheskapital dem britischen Handel die Türen öffnen sollte.<sup>79</sup> Auch Direktinvestitionen flossen aus Großbritannien in die Region. Dabei lockte vor allem der Bergbau. Allein in den Jahren 1824 und 1825 entstanden von Mexiko bis Chile 26 englische Bergbauunternehmen.<sup>80</sup>

Der Anlageboom sollte sich jedoch sehr schnell auflösen. Betrug, schlechtes Management durch Unkenntnis des Landes, politische Instabilität und Ungeduld, gepaart mit zu hohen Renditeerwartungen im überschätzten Lateinamerika, sorgten für einen schlechten Start. Als es 1825 dann auch noch zu einer europäischen Bankenkrise kam, wirkte sich dies in der Region mit einem Crash aus. Die europäische Nachfrage nach lateinamerikanischen Exportprodukten ging rapide zurück. Die Folge war ein Einbruch der Zolleinnahmen, der Grundlage des Fiskus. Die nun ausbrechende Schuldenkrise zeigte auf, dass man das geliehene Kapital zumeist unproduktiv investiert hatte, um die laufenden Kosten aufzubringen und die Altschulden der Kriege zurückzuzahlen.<sup>81</sup> Die direkte Folge war die Zahlungseinstellung, die angefangen mit Peru bis 1828 alle lateinamerikanischen Staaten bis auf Brasilien vornehmen mussten.<sup>82</sup> Die langfristigen Auswirkungen dieses Schritts wogen schwer. Rund 25 Jahre lang blieb der Zugang zu internationalen Krediten schwierig, und die Umschuldungen zogen sich sogar noch fünf weitere Jahre hin.<sup>83</sup> In Lateinamerika fehlte damit zu einem entscheidenden Zeitpunkt Investitionskapital beispielsweise für die Modernisierung des Exportsektors. Die Abhängigkeit von den Außenhandelszöllen vertiefte sich dementsprechend. Die jungen Staaten traten in die Unabhängigkeit mit einer enormen Last an Auslandsschulden.

In wirtschaftlicher Hinsicht bot die Unabhängigkeit mit dem Freihandel und dem freien Zugang zu den internationalen Kapitalmärkten auf den ersten Blick große Chancen. Jedoch stellte sich der von manchen erhoffte große Schritt in ökonomischer Hinsicht von einer alten Monopolordnung hin zur neuen Freiheit mit großen Möglichkeiten und grenzenlosem Wachstum nicht ein.

<sup>74</sup> Marichal: A Century of Debt Crises, S. 14–16.

<sup>75</sup> Für den Fall Mexiko s. v. a. Bernecker: Handelskonquistadoren. Für Chile: Cavieres: Comercio chileno. Zu den wirtschaftlichen Beziehungen zu einzelnen europäischen Staaten in dieser Phase s. die Aufsätze in Liehr: América Latina, S. 363–508.

<sup>76</sup> Bulmer-Thomas: Economic History, S. 29.

<sup>77</sup> Prados: Lost Decades?, S. 287–290 und 297.

<sup>78</sup> Marichal: A Century of Debt Crises, S. 27–36.

<sup>79</sup> Marichal: A Century of Debt Crises, S. 14. Dawson: First Latin American Debt Crisis, S. 22–46.

<sup>80</sup> Bulmer-Thomas: Economic History, S. 34.

<sup>81</sup> Von den 25 Mill. Pfund, die zwischen 1824 und 1827 aufgenommen wurden, flossen allein 17 Mill. in Regierungsanleihen. Dawson: First Latin American Debt Crisis, S. 119–128.

<sup>82</sup> Marichal: A Century of Debt Crises, S. 43–55.

<sup>83</sup> Dawson: First Latin American Debt Crisis, S. 193–212.

In den gewaltigen Binnenregionen und Hochländern Lateinamerikas änderte sich zunächst wenig an den traditionellen Produktionsweisen und Marktbeziehungen. Wo struktureller Wandel stattfand, brachte er viele negative Folgen mit sich, von denen die Schuldenkrise nur die sichtbarste war. Insgesamt waren die Folgen eher ambivalent und regional und nach Wirtschaftssektoren sehr heterogen. Während vieles die neue Freiheit nicht überlebte, entstand anderes, wenn auch eher langsam, wieder neu.

## V. Zusammenfassung

Die Unabhängigkeitsrevolutionen in Lateinamerika hatten einen gemeinsamen Ausgangspunkt in der Französischen Revolution beziehungsweise der daran anschließenden napoleonischen Expansion und dem Vakuum, das sich dadurch ergab. Überall stellte sich dieselbe Frage nach der Neubegründung von Legitimität, über die man sich im interregionalen und transatlantischen Transfer austauschte. Die Revolutionserfahrungen im Einzelnen waren jedoch höchst unterschiedlich, wenn man etwa Haiti, Hispanoamerika und Brasilien miteinander vergleicht oder auch nur innerhalb Hispanoamerikas etwa Mexiko den anderen Regionen oder den mittleren Andenraum Chile gegenüberstellt. Bei aller Verschiedenheit zeigen sich deutliche Verflechtungen zwischen den Erfahrungen, und zwar nicht nur auf der Ebene der politischen Eliten, sondern auch auf der der nichtprivilegierten Schichten. Nicht nur Menschen, Waren und Ideen wurden in diesen revolutionären Jahren ausgetauscht, sondern auch Informationen über aktuelle Entwicklungen.

Der Preis der Freiheit war hoch, und die Freiheit, die man 1830 errungen hatte, war in vielerlei Hinsicht eingeschränkt. Die politischen Revolutionen brachten zwar das Ende des Kolonialstatus, doch die Unabhängigkeit begann mit neuen Abhängigkeiten. Von innerer Stabilität war man in ganz Lateinamerika weit entfernt. Nach teils jahrzehntelangen Kriegen waren die neu entstandenen Staaten zu schwach, um die republikanische Ordnung wirklich zu etablieren. Der Souverän, das ›Volk‹, blieb ein nebulöser Bezugspunkt. Für die Durchsetzung eines Nationalstaats im Sinne einer dauerhaften Wertegemeinschaft fehlten in den ethnisch hochgradig heterogenen Gebilden die Voraussetzungen und der politische Wille der Eliten. Gerade die ethnische Problematik, die sich mit der sozialen überlagerte, war ein in dieser Art einzigartiges Merkmal der lateinamerikanischen Unabhängigkeitsrevolutionen. Sie trug dazu bei, die weltweit zirkulierenden Ideen von Freiheit, Gleichheit und Selbstbestimmung, deren sich auch die lateinamerikanischen Eliten bedienten, mit einer besonderen revolutionären Sprengkraft aufzuladen, denn die Politisierung hatte das gesamte soziale Spektrum erfasst. Bis 1830 und lange danach konnte sich diese Sprengkraft noch nicht entfalten. Was blieb, war jedoch das Versprechen der Revolution, und das war nicht wenig.

## Zitierte Literatur

- Achugar, Hugo und Sonia D'Alessandro: *Derechos de memoria: actas, actos, voces, héroes y fechas; nación e independencia en América Latina*. Montevideo 2003.
- Adelman, Jeremy: *Sovereignty and Revolution in the Iberian Atlantic*. Princeton 2006.
- Alonso, Paula: *Construcciones impresas: Panfletos, diarios y revistas en la formación de los Estados nacionales en América Latina, 1820-1920*. México 2004.
- Andrews, George Reid: *Afro-Latin America, 1800-2000*. Oxford 2004.
- Annino, Antonio und François-Xavier Guerra (Hg.): *Inventando la nación: Iberoamérica, siglo XIX*. México 2003.
- Bates, Robert H., John H. Coatsworth und Jeffrey G. Williamson: *Lost Decades: Post-Independence in Latin America and Africa*. In: *Journal of Economic History* 67 (2007), S. 917-43.
- Blanchard, Peter: *The Language of Liberation: Slave Voices in the Wars of Independence*. In: *Hispanic American Historical Review* 82 (2002), S. 499-524.
- Blanchard, Peter: *Under the Flags of Freedom: Slave Soldiers and the Wars of Independence in Spanish South America*. Pittsburgh 2008.
- Bosco Amores, Juan (Hg.): *Iberoamérica en el siglo XIX: Nacionalismo y dependencia*. Pamplona 1995.
- Buisson, Inge: *Desintegration und Staatenbildung in Hispanoamerika, 1810-1840*. In: *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* 20 (1969), S. 604-616.
- Bulmer-Thomas, Victor: *The Economic History of Latin America since Independence*. Cambridge 1994.
- Büschges, Christian: *Von Staatsbürgern und „Bürgern eigenen Sinnes“: Liberale Republiken, indigene Gemeinden und Nationalstaat im südamerikanischen Andenraum während des 19. Jahrhunderts*. In: *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* 59 (2008), S. 697-710.
- Calderón, Teresa und Clément Thibaud (Hg.): *Las revoluciones en el mundo atlántico*. Bogotá 2006.
- Cavieres, Eduardo: *Comercio chileno y comerciantes ingleses, 1820-1880*. Santiago 1988.
- Chasteen, John Charles: *Americanos: Latin America's Struggle for Independence*. Oxford 2008.
- Chiaramonte, José Carlos: *El mito de los orígenes en la historiografía latinoamericana*. Buenos Aires 1991.
- Chiaramonte, José Carlos: *Nación y estado en Iberoamérica: el lenguaje político en tiempos de la independencia*. Buenos Aires 2004.
- Contreras, Mónica und Lasse Hölck: *Educating Bárbaros: Educational Policies on the Latin American Frontiers between Colonies and Independent Republics*. In: *Paedagogica Historica* 46 (2010), S. 412-438.
- Costa, Emília Viotti da: *The Brazilian Empire: Myths and Histories*. Chapel Hill 2000.
- Dawson, Frank G.: *The First Latin American Debt Crisis:*



- The City of London and the 1822-1825 Loan Bubble. New Haven 1990.
- Drake, Paul: *Between Tyranny and Anarchy: A History of Democracy in Latin America*. Stanford 2009.
- Earle, Rebecca: *The Return of the Native: Indians and Myth-Making in Spanish America, 1810-1930*. Durham 2007.
- Flores Galindo, Alberto: *Buscando un Inca: Identidad y utopía en los Andes*. Lima 1987.
- Forment, Carlos A.: *Democracy in Latin America, 1760-1900. Bd. 1: Civic Selfhood and Public Life in Mexico and Peru*. Chicago 2003.
- Gargarella, Roberto: *Los fundamentos legales de la desigualdad: El constitucionalismo en América, 1776-1860*. Madrid 2005.
- Goldman, Noemí und Ricardo Salvatore (Hg.): *Caudillismos rioplatenses: nuevas miradas a un viejo problema*. Buenos Aires 1998.
- Goldman, Noemí (Hg.): *Lenguaje y revolución: conceptos políticos clave en el Río de la Plata, 1780-1850*. Buenos Aires 2008.
- Guerra, François-Xavier und Annick Lemperière (Hg.): *Los espacios públicos en Iberoamérica: ambigüedades y problemas, siglos XVIII-XIX*. México 1998.
- Haber, Stephen (Hg.): *How Latin America Fell Behind: Essays on the Economic Histories of Brazil and Mexico, 1800-1914*. Stanford 1997.
- Hensel, Silke: *Die Entstehung des Föderalismus in Mexiko: Die politische Elite Oaxacas zwischen Stadt, Region und Staat, 1786-1835*. Stuttgart 1997.
- Jaksic, Iván (Hg.): *The Political Power of the Word: Press and Oratory in Nineteenth-Century Latin America*. London 2002.
- Kinsbruner, Jay: *Independence in Spanish America*. Albuquerque 1994.
- König, Hans-Joachim: *Kleine Geschichte Lateinamerikas*. Stuttgart 2006.
- König, Hans-Joachim: *Von Kolumbus bis Castro: Aufsätze zur Geschichte Lateinamerikas*. Hg. von Michael Riekenberg, Stefan Rinke und Peer Schmidt. Stuttgart 2006.
- Kossok, Manfred (Hg.): *Revolution und Nationwerdung in Lateinamerika*. Leipzig 1986.
- Larson, Brooke: *Trials of Nation Making: Liberalism, Race, and Ethnicity in the Andes, 1810-1910*. New York 2004.
- Leoni de Rosciani, María Silvia und María Gabriela Quiñónez: *Combates por la memoria: La elite dirigente correntina y la invención de una tradición sanmartiniana*. In: *Anuario de Estudios Americanos* 58 (1/2001), S. 281-306.
- Liehr, Reinhard (Hg.): *América Latina en la época de Simón Bolívar: la formación de las economías nacionales y los intereses económicos europeos, 1800-1850*. Berlin 1989.
- Lynch, John: *Caudillos in Spanish America, 1800-1850*. Oxford 1992.
- Marichal, Carlos: *A Century of Debt Crises in Latin America: From Independence to the Great Depression, 1820-1930*. Princeton 1989.
- McFarlane, Anthony und Eduardo Posada-Carbó (Hg.): *Independence and Revolution in Spanish America: Perspectives and Problems*. London 1998.
- Méndez, Cecilia: *The Plebeian Republic: The Huanta Rebellion and the Making of the Peruvian State, 1820-1850*. Durham 2005.
- Morote, Herbert: *El militarismo en el Perú: Un mal comienzo, 1821-1827*. Lima 2003.
- Mücke, Ulrich: *Die Politische Kultur Lateinamerikas im 19. Jahrhundert*. In: *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht* 59 (2008), S. 684-696.
- O'Phelan Godoy, Scarlett (Hg.): *La independencia en el Perú: de los Borbones a Bolívar*. Lima 2001.
- Potthast, Barbara: *Von Müttern und Machos: Eine Geschichte der Frauen in Lateinamerika*. Wuppertal 2003.
- Prados, Leandro und Samuel Amaral (Hg.): *La independencia americana: Sus consecuencias económicas*. Madrid, 1993.
- Prados, Leandro: *Lost Decades? Economic Performance in Post-Independence Latin America*. In: *Journal of Latin American Studies* 41 (2009), S. 279-307.
- Rector, John: *El impacto económico de la independencia en América Latina: El caso de Chile*. In: *Historia* 20 (1985), S. 295-318.
- Riekenberg, Michael: *Ethnische Kriege in Lateinamerika im 19. Jahrhundert*. Stuttgart 1997.
- Riekenberg, Michael: *Warlords: Eine Problemskizze*. In: *Comparativ* 5/6 (1998), S. 187-205.
- Rinke, Stefan: *Pillars of the Republics: Early Monuments and the Politics of Memory in the Post-Colonial Americas*. In: *Iberoamericana* 4 (1/2001), S. 91-111.
- Rodríguez, Jaime E.: *The Emancipation of America*. In: *American Historical Review* 105 (1/2000), S. 131-152.
- Rodríguez, Jaime E.: *La revolución política durante la época de la independencia: el reino de Quito, 1808-1822*. Quito 2006.
- Sabato, Hilda (Hg.): *Ciudadanía política y formación de las naciones: perspectivas históricas de América Latina*. México 1999.
- Sabato, Hilda: *On Political Citizenship in Nineteenth-Century Latin America*. In: *American Historical Review* 106 (2001), S. 1290-1315.
- Saether, Steinar A.: *Independence and the Redefinition of Indianness around Santa Marta, Colombia, 1750-1850*. In: *Journal of Latin American Studies* 37 (2005), S. 55-80.
- Salvucci, Richard J.: *Textiles and Capitalism in Mexico:*

An Economic History of the Obrajes, 1539-1840. Princeton 1987.

Stüwe, Klaus und Stefan Rinke (Hg.): Die politischen Systeme in Nord- und Lateinamerika: Eine Einführung. Wiesbaden 2008.

Thompson, Alvin O.: Flight to Freedom: African Runaways and Maroons in the Americas. Kingston 2006.

Turner, Mark: From Two Republics to One Divided: Contradictions of Postcolonial Nationmaking in Andean Peru. Durham 1997.

Tobler, Hans-Werner und Peter Waldmann (Hg.): Lateinamerika und die USA im „langen“ 19. Jahrhundert: Unterschiede und Gemeinsamkeiten. Köln 2009.

Uribe-Uran, Victor M.: The Birth of a Public Sphere in Latin America during the Age of Revolution. In: Comparative Studies in Society and History 42 (2000), S. 425-457.

Van Young, Eric: The Other Rebellion: Popular Violence, Ideology, and the Mexican Struggle for Independence, 1810–1821. Stanford 2001.

Weber, David J.: Bárbaros: Spaniards and Their Savages in the Age of Enlightenment. New Haven 2005.

# CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES DE LA HISTORIOGRAFÍA Y BIBLIOGRAFÍA SOBRE EMIGRACIÓN ESPAÑOLA HACIA IBEROAMÉRICA EN EL SIGLO XIX: EL CASO VASCONAVARRO

## GRUNDSÄTZLICHE EIGENSCHAFTEN DER GESCHICHTSSCHREIBUNG UND BIBLIOGRAFIE ÜBER DIE SPANISCHE AUSWANDERUNG NACH LATEINAMERIKA IM 19. JAHRHUNDERT: NAVARRA UND DAS BASKENLAND

*José Manuel Azcona Pastor, Madrid*

*In diesem Artikel wird eine analytische Studie über die Hauptlinien der wissenschaftlichen Arbeiten hinsichtlich der Emigration aus Navarra und dem Baskenland nach Amerika im 19. und 20. Jahrhundert durchgeführt. Zuerst werden die verschiedenen Schulen und Methoden analysiert, die seit Beginn der Migrationsstudien benutzt wurden und es wird geschlossen, daß kein allgemeingültiges universelles Modell existiert, das es uns ermöglichen würde, diese komplexe Phänomenologie zu analysieren. Ebenfalls wird eine historiographische Bilanz der zu diesem Thema existierenden Literatur gezogen und über die Bilanzen, die Experten hierzu erstellt haben. Der Artikel schließt mit einer Reihe von Überlegungen über das, was wir von einem methodologischen Blickpunkt aus als Meilensteine in der Analyse der internationalen Migration ansehen, wobei als Modell der Fall von Navarra und dem Baskenland genommen wird, der sowohl Spanien als auch Frankreich betrifft, und natürlich auch den amerikanischen Kontinent.*

*This article investigates the fundamental lines of scientific output with regard to the emigration from Navarra and the Basque Country to America during the 19th and 20th century. It starts with an analysis of the different schools and methods which have been used since migratory studies came into existence and concludes that there doesn't exist a valid unique and universal model that allows us to analyze this complex phenomenology. At the same time a historiographic balance is made with regard to what has been written on this question as well as on the balances made by experts on this topic. The article finishes with a series of reflections about what we consider to be the most important milestones in the analysis of international migration, from a methodological point of view, taking as an example the case of Navarra and the Basque Country which affects Spain as well as France and, of course, also the American continent.*

*En este artículo se hace un estudio analítico sobre las líneas fundamentales de la producción científica en lo que concierne a la emigración vasca y navarra hacia América en los siglos XIX y XX. Se empieza por analizar las diferentes escuelas y métodos utilizados desde los arranques de los estudios migratorios para concluir que no existe un modelo único válido y universal que permita analizar esta compleja fenomenología. Se realiza, asimismo, un balance historiográfico sobre lo escrito en torno a esta cuestión y sobre los balances realizados por expertos en la materia. Cierra el artículo un racimo de reflexiones acerca de lo que consideramos los hitos más importantes desde un punto metodológico en el análisis de las migraciones internacionales tomando como modelo el caso vasco-navarro*

*que afecta tanto a España como a Francia y, por supuesto, al continente americano.*

### **Zweck und vorausgehende Überlegungen**

Wie ich schon 2011 in *El ámbito historiográfico y metodológico de la emigración vasca y navarra hacia América*, (das geschichtliche und methodologische Umfeld der Emigration aus dem Baskenland und Navarra nach Amerika) geschrieben habe, bin ich der Ansicht, daß die Literatur, die allgemein über den baskischen Amerikanismus und speziell über die Auswanderung der Basken nach Amerika als reichhaltig, umfassend und vielseitig bezeichnet werden kann, gelegentlich sogar als exzellent, mit einer vernünftig hohen Anzahl von hierzu erschienen Texten. Es ist logisch, daß innerhalb dieses breiten Fächers spürbare Qualitätsunterschiede bestehen, ebenso wie es unterschiedliche Untersuchungsschwerpunkte gibt. Länder wie Argentinien, Uruguay, Mexiko, Chile, Venezuela, Kolumbien und die USA haben stärker als andere die Aufmerksamkeit der Berufshistoriker und auch der nicht-akademischen Gelehrten auf sich gezogen. Die Gebiete Mittelamerikas und der Anden haben bei der geographischen Verteilung der Untersuchungsfelder schlechter abgeschnitten, was auch für Brasilien gilt.

Ein weiteres Hauptproblem, dem wir Migrationsforscher uns gegenübersehen, ist das Fehlen eines einheitlichen und allgemeinen theoretischen Rahmens, mit dem eine präzise Methodik entwickelt werden kann, die die volle Komplexität der Studien über die internationalen Migrationen abdeckt. Somit verfügen wir über verschiedene theoretische Ansätze, die manchmal sogar den Eindruck



erwecken, daß sie einander widersprechen. Unter denen, die die baskischen Emigrationsprozesse nach Amerika bearbeiten, sticht hervor, daß es sich um eine fast unilaterale Sichtweise handelt, da sie aus der Sichtweise Spaniens (Baskenland und Navarra) untersucht werden und nicht von beiden Atlantikküsten aus.

Die Thesen Professor Douglas' über die Schwierigkeiten, die alle Immigrantengruppen bei der Beibehaltung der kollektiven Identität, sowohl langfristig, als auch kurzfristig, sowie bei der Orientierung hin zum Ursprungsland haben, sind bekannt. Er ist außerdem der Meinung, es sei nötig, die Gruppe der Protagonisten der baskischen Diaspora auf diejenigen zu beschränken, die ein ethnisch-kulturelles baskisches Bewußtsein haben und die sich innerhalb eines bestimmten zeitlichen und örtlichen Rahmens gemäß ihren Ursprungsbewegungen, oder dies zumindest relativ tun.

### Über die Methodik

Ein weiterer Aspekt, der bestimmte Forscher der baskischen Emigration nach Amerika höchlichst interessiert, und der vor einem Jahrzehnt stark ins Rollen kam, ist derjenige der Identität der baskischen Kollektive und ihrer Organisation in Zentren der Verbrüderung und Vereinen. Das Bild, das diese organisierten baskischen Kollektive widerspiegeln, erweckt ebenfalls Leidenschaften. Und dies umfaßt alle Züge, die die Identität der baskischen Gruppen in Amerika ausmachen, wie die eigene Sprache (die übrigens keineswegs Bestand hatte), die kulturellen, gastronomischen, religiösen Traditionen. Eigene Züge, die sie (angeblich) sowohl von anderen spanischen Gemeinschaften unterscheiden, dies selbstverständlich, aber auch von denjenigen anderer Regionen. Weder im Baskenland noch in Navarra, beides wahre geographische Exporteure von Auswanderern, wurde bisher ausführlich der Einfluß des Exodus nach Übersee auf die gesellschaftliche, wirtschaftliche und kulturelle Entwicklung beider Regionen untersucht.

Ebenso wäre es fruchtbar, mit den Stereotypen, die sich um die Auswanderung und ihre Mythen gebildet haben, aufzuräumen. Auf der anderen Seite des Atlantiks hat man oft ein vereinfachendes und verzerrtes Bild des Baskenlandes und Navarras, das in der Vergangenheit verankert ist. Folglich basiert der Dialog zwischen diesen Regionen und ihrer Diaspora nicht nur auf einem Austausch von Informationen, sondern auch auf dem von Desinformationen oder, besser gesagt, von Informationen, die durch den Lauf der Zeit entstellt und verfälscht worden sind. Und dies erscheint uns ganz und gar unangemessen. Es wäre auch interessant, wenn die gesellschaftspolitische Vielfältigkeit, die die baskische Gesellschaft kennzeichnet, auf die Zentren der Verbrüderung der Basken auf dem amerikanischen Kontinent übertragen würde, denn dies würde dort eine Feststellung der Wirklichkeit in Gang bringen, die heute nicht besteht.

### Historiographische Bilanz

In diesem Aufsatz wird nachdrücklich herausgestellt, daß bis 1980 die Auswanderung kein Thema war, das die bas-

kischen Geschichtsforscher so sehr interessierte, wie andere Themen, die in Mode waren, wie z.B. die Industrialisierung des Baskenlandes, die Geschichte des baskischen Nationalismus, der Foralrechte oder der regionalen Kirche. 1993 veröffentlichten fünf Studenten der Universität von Deusto, Andoni Oyarzabal, Izaskun Andonegui, Jasone Arregi, Celestina Goitia und Pilar Sánchez, einen Artikel mit dem Titel: *La historiografía sobre la emigración vasca a Ultramar: breves conclusiones* (Die Historiographie über die baskische Auswanderung nach Übersee: kurze Schlussfolgerungen) und fünf Jahre später, präsentierten Iñaki Aduriz, José Ángel Ascunce und José Ramón Zabala ihr Werk *América y los vascos. Introducción y estudio bibliográfico* (Amerika und die Basken. Einführung und bibliographische Untersuchungen). Die Sicht aus der spanischen Perspektive finden wir bei Xosé Manuel Núñez Seixas, in "Historiografía española reciente sobre migraciones ultramarinas: un balance y algunas perspectivas" (neuere spanische Historiographie über die Auswanderung nach Übersee: eine Bilanz und einige Aussichten), in *Estudios Migratorios Latinoamericanos*, 16. Jahrgang, August 2001, n° 48, S. 269-295. Obwohl die Auswandererforschung, für die es auf spanisch kein so spezifisches Wort wie im Deutschen und in anderen Sprachen und somit Ländern gibt, und die Synthesearbeiten und diejenigen auf dem Gebiet Spaniens noch nicht zufriedenstellend sind, müssen die Fortschritte mehrerer regionaler Historiographen hervorgehoben werden, auch wenn die theoretisch-methodische Abhängigkeit von anderen Historiographien weiterhin die Regel ist. 2002 erschien das Original von José Miguel Aramburu Zudaire, *La emigración vasca a América en la Edad Moderna. Balance historiográfico* (Die baskische Auswanderung nach Amerika in der Neuzeit. Historiographische Bilanz), in dem der Autor eine ausführliche Aufstellung der zur baskischen Auswanderung nach Amerika in der Neuzeit erschienenen Bücher und Artikel macht und nüchterne und gut formulierte Überlegungen über die Vergangenheit und den Werdegang der baskischen Historiographie zu diesem Thema anstellt. Professor Aramburu Zudaire vertritt die Ansicht, daß seit 1980, und besonders ab den Neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts, neue und bedeutende Analyse- und Untersuchungswege eröffnet wurden, dank der Nutzung von bis dato unveröffentlichten und nicht berücksichtigter Quellen. Ich schließe mich seiner Forderung nach einer engeren Zusammenarbeit der spanischen und der baskischen Historiographie sowie beider mit der ausserhalb von Spanien, insbesondere in Amerika, durchgeführten Historiographie an.

Aramburu Zudaire hebt hervor, daß die Untersuchungen über die baskische Auswanderung nach Amerika oftmals aus der rein geographischen Abgrenzung der historischen Regionen Bizkaia, Araba und Gipuzkoa, Navarra oder der französischen Provinzen Labourd, Zuberoa und Nieder-Navarra heraus durchgeführt wurden.

Im Jahre 2005 veröffentlichte die Zeitschrift *Vasconia* [Eusko Ikaskuntza] eine Monographie mit dem Titel "20 años de Historiografía Vasca: Revista Vasconia 1983-

2003" (20 Jahre baskische Historiographie: Zeitschrift Vasconia 1983-2003), in der, je nach Autor und untersuchten Zeitspanne, und mit unterschiedlicher Genauigkeit, mehr oder weniger erfolgreich die baskische historiographische Produktion im genannten Zeitraum untersucht wurde.

In der Monographie *XXV años de historiografía hispana* (1980-2004) (25 Jahre spanischer Historiographie (1980-2004), herausgegeben von y José Antonio Munita Loinaz und José Ramón Díaz de Durana, Bilbao, Verlag der Universität des Baskenlandes, 2007, behandelt Oscar Álvarez Gila, Autor mehrerer Essays zur baskischen Auswanderung, erneut den baskischen Amerikanismus unter dem vielsagenden Titel: "Americanismo en el País Vasco. ¿El imposible vencido?" (Amerikanismus im Baskenland. Das besiegte Unmögliche?). Hier wird das weiterverbreitet, was 1990 bereits Ronald Escobedo schrieb über das Übermaß an Lokalpatriotismus und übertriebenen Partikularismus bei der Behandlung von Themen, die mit der Neuen Welt verbunden sind, welche eine globalere Analyse erschweren, oder diese entkräften oder sogar widerlegen. Diese Abhandlung von Álvarez Gila erscheint mir in dieser Hinsicht sehr treffend, wenn er schreibt, daß diese Gefahr immer gegenwärtig ist bei Untersuchungen über ein Thema, das dazu neigt, in einen übertriebenen Lokalpatriotismus zu verfallen, in die Selbstgefälligkeit dürftiger Untersuchungen, die entfernt von der Überprüfungen durch die Fortschritte, Entwicklungen und Debatten anderer Historiographien durchgeführt werden, geographisch nahe oder weit entfernt, jedoch thematisch und erkenntnistheoretisch ihnen nahestehend. Professor Álvarez Gila verneint die Bedeutung der sogenannten ganchos, der Agenten, die Auswanderer anwarben, als einer der Hauptfaktoren der Auswanderung der Basken nach Lateinamerika. Álvarez bezeichnet den Raum, der dieser Fällen gewidmet wird, als überzogene Aufmerksamkeit, die gleichzeitig "deutlich einen falschen Blickwinkel" aufweist. Letzteres macht wieder einmal deutlich, welche hohe Meinung Álvarez Gila von seinen eigenen Überzeugungen hat. Dieser schlechte Eindruck wird noch verstärkt durch die Tatsache, daß praktisch alle Forscher, sowohl früher als auch heute, diese unheimliche Gestalten als einen Hauptgrund für jeglichen menschlichen Exodus internationalen Charakters ansehen. Wir sind der Ansicht, Álvarez Gila verrät mit dieser Bemerkung eine gründliche Unkenntnis der Frage, die er kritisiert, beruhend auf ungenügender Vertrautheit mit der Problematik und darauf, nicht die hierfür spezifischen Quellen konsultiert zu haben. Es genügt ja schon, die Presse des 19. Jahrhunderts akribisch zu studieren, um das Ausmaß des Phänomens der ganchos in der baskischen Auswanderungstradition zu erkennen.

### Unterschiedliche Blickwinkel

Alle, die sich der Untersuchung der Fragen widmen, die wir hier behandeln, wissen, daß sie nicht über eine eigene, allgemein anerkannte Methodik verfügen. Ich denke, dies ist aus den diesem Absatz vorausgehenden Seiten ersichtlich. Aus diesem Grund erschien es uns angebracht,

nun einige zumindest zusammengefaßte Überlegungen zur Theoretisierung anzustellen, in der sich die Arbeiten über Migrationen im Allgemeinen bewegen, sowie zu anderen, die einen internationalen Charakter haben.

Die ersten Überlegungen mit einem Hauch Wissenschaftsgläubigkeit erschienen in der Hitze der positivistischen Inszenierung am Ende des 19. Jahrhunderts. Ihre Spur reichte bis Mitte des 20. Jahrhunderts und stützte sich auf makroanalytische und makrostrukturelle Modelle. Die Auswanderung wird als Folge der spürbaren Unterschiede der Wirtschaftsstrukturen der Ausstoßregionen und der Aufnahmeregionen dieses Auswandererflusses erklärt. Es erscheint offensichtlich, daß die Hauptdarsteller der Diaspora die ärmeren Zonen in Richtung der vom Schicksal besser behandelten verließen, und ebenso vom Land in die Stadt.

E.G. Ravenstein ist der erste (und präziseste), der dieses Erklärungsmodell der Anziehungs- und Ausstoßfaktoren (pull and push factors) formuliert. Er behauptet, wirtschaftliche Ursachen seien die Hauptgründe des Exodus der Menschen von einem Punkt der Erde an einen anderen. Mehr noch: das kapitalistische System an sich und sein Arbeitsmodell mit fließenden Konjunkturzyklen des Aufschwungs und des Abschwungs und Wirtschaftskrisen erklärten fast alles. Aus diesen Gründen verlaufen die bedeutendsten Wanderungen aus den ländlichen Gegenden in die Industrieregionen, da die Wanderer immer die absolute Verbesserung ihres persönlichen und Familienschicksals wünschen. Diesen über Jahrzehnte hinweg als unumstößlich angesehenen Axiomen folgten, mehr oder weniger erfolgreich: A. F. Weber, A. Redford, H. Jerome, W. I. Thomas und F. Znaniecki. O. D. Duncan und S. A. Staonffer, der versuchte, den wissenschaftlichen Charakter der Thesen Ravensteins zu vertiefen, indem er ein Gelegenheitsmodell schuf, laut dem die Wanderbewegungen direkt proportional sind zur Anzahl der bestehenden Gelegenheiten. In dieser gleichen Interpretationslinie, schon in den vierziger Jahren des 20. Jahrhunderts, müssen wir D. Thomas und G.K. Zipf ansiedeln. Letzterer schlägt ein Gesetz der umgekehrten Entfernung vor, nach dem das Volumen der Emigranten zwischen zwei Orten umgekehrt proportional ist zur Entfernung zwischen diesen beiden Orten. Ebenso müssen J. Q. Stewart, D. J. Boque, E. Lee und M. M. Hagood und Zelinsky zitiert werden, der fünf historische Epochen der Migrationsflüsse etablierte.

All diese Modelle mit einem ausgeprägten wirtschaftlichen Charakter wurden in den siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts überprüft, innerhalb des Gesamtkontextes des globalen Revisionismus der Sozial- und Humanwissenschaften, der in jenen Zeiten vorherrschte. So gehen die makroökonomischen Theorien die Migrationsforschung von Prämissen der Nutzung von zusätzlichen Variablen aus an, und umfassen breite Rahmen, sowohl geographisch als auch zeitlich. Auf diese Art und Weise werden die Wanderungen unter dem Schirm der allgemeinen ökonomischen Gesetze untersucht, die versuchen, eine globale und allgemein akzeptierte Erklärung zu liefern. Wir stehen nun also vor dem Modell, das als "dualistisch oder des Ungleichgewichts"

bekannt ist, dessen Hauptvertreter A. Lewis, J. Fei, G. Ranis, M. P. Todaro, J. Stillwell und P. Congdon sind. Eine weitere Variante dieser makroökonomischen Analyse ist das "Gleichgewichtsmodell", mit G. Hunt an der Spitze, das uns die Wichtigkeit der Wahl der Ziele in den Weltmigrationsmechanismen lehrt.

Ebenso gibt es die "Theorie des globalen Systems", die vor allem von I. Wallerstein vertreten wurde und in den sechziger und siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts grossen Anklang fand. Weitere Vertreter dieser Theorie sind A. L. Mabogunje, E. M. Petras, A. Portes, J. Walten, D. Massey und S. Sassen. Mehr oder weniger symmetrisch, sind die Migrationen für alle logische Handlungen, die den der wirtschaftlichen Globalisierung eigenen Prozessen und Mechanismen innewohnen, sowie dem eigentümlichen Charakter der Märkte, die sie als transnational definieren und auf denen die Multinationalen Konzerne eine Hauptrolle spielen. Wie Rocío García Abad sehr richtig sagt, werden die Hauptdarsteller der Emigration nicht als Individuen angesehen sondern als Gruppen oder Sektoren. 1979 behauptete M. J. Piore, die internationalen Migrationen würden durch Anziehungsfaktoren und nicht durch Ausstoßfaktoren verursacht. Das ist die "dualen oder segmentierten Arbeitsmarkttheorie". Folglich ist es die westliche Welt und ihr hoher Industrialisierungsprozess, die eine hohe Anzahl an Arbeitskräften verlangt, die den Zug der Menschen von einem Ort des Planeten an einen anderen verursachen, auf der Suche nach einem Arbeitsplatz im Industriesektor. Interessant, wenn auch unserer Ansicht nach auf globaler Ebene schwer aufrechtzuerhalten, ist die These, die in den siebziger und achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts von F. F. Mendels, H. Medick, D. Levine, C. Tilly und De Vries aufgestellt wurde, das "Protoindustrialisierungsmodell", das zwischen den Fabrikarbeitern der vor- oder protoindustriellen Epoche, welche später auswanderten und sich in den städtischen Industriegebieten ansiedelten, eine migratorische Kontinuität sieht.

Die "neoklassische Wirtschaftstheorie" errichtet ihre Pfeiler auf dem Bestehen von Unterschieden und Ungleichgewichten zwischen den verschiedenen Regionen und Industrie- und Unternehmenssektoren der Wirtschaft. Sie unterstreicht nachdrücklich die Entscheidungsfähigkeit des Einzelnen der mikroanalytischen Perspektive gegenüber, die, wie wir später sehen, die Familie als Hauptanalyseeinheit erfasst. Ihre Hauptvertreter sind: A. Lewis, J. Fei, G. Ranis, J. R. Harris, M. P. Todaro, T. W. Schultz, R. M. Solow, G. Becker, L. A. Sjaadstad, M. Greenwood, O. Stask und D. E. Bloom.

Die neoklassische Wirtschaftstheorie hat einen entscheidenden Einfluss auf die Anzahl der Migrationsstudien ausgeübt, da die strukturelle Grundlage ihres Inhaltes als äußerst aufschlussreich angesehen wird. Denn ihre Postulate bestehen immer wieder darauf, daß die Wanderbewegungen der Menschen auf Gehaltsunterschieden zwischen gesellschaftlichen Gruppen und geographischen Gebieten beruhen, auf den Arbeitsbedingungen zwischen den Ländern und den der Emigration innewohnenden Kosten. In Wirklichkeit sind die Wanderungen die Konsequenz der getroffenen persönlichen Ent-

scheidungen und haben einen offenkundigen Auswahlcharakter, sagen die Vertreter dieser Erklärungsströmung. Sie bestehen darauf, daß die Menschen sich mehr aufgrund des erwarteten Gewinnes als aufgrund des tatsächlichen Gewinnes bewegen.

Bei der New Economics of Migration handelt es sich um eine Theorie, die von der Überlegung ausgeht, die Familieneinheit als ein rationelles Gebilde zum Entscheidungstreffen anzusehen, welche durch die Subsistenzbedürfnisse der Gruppe bedingt werden. Die Familien werden gegen den wirtschaftlichen und sozialen Druck verteidigt. Ihre Wirtschaftsstrategien und -tätigkeiten werden durch die ökonomischen Möglichkeiten ihrer Umgebung bedingt, sowie durch die Arbeitskräfte, die in der Familie zur Verfügung stehen. Von daher ist diese Schule der Meinung, daß die Familie alles darstellt, was zum Verständnis des menschlichen Migrationsprozesses verstehen muß, da sie die Aufnahme ihrer Hauptpersonen ermöglicht sowie die Ausgangskanäle und die anschließende Ansiedlung. Diese Theorie hebt einen Faktor hervor, der die Migrationstypologie direkt beeinflusst, den Lebenszyklus, welcher als Folge der Zustände definiert wird, die eine Familie durchläuft, ab der ursprünglichen Schaffung bis zu ihrem Verschwinden und die zusammenfassend die Phasen Schaffung, Ausdehnung, Stabilität, Schrumpfung, "empty nest" und Aussterben. Hauptvertreter dieser Analyse sind D.E. Bloom, D. Levhari, E. Katz, S. Yitzhaki und J.E. Taylor und O. Stara, der das Modell des relativen Entzugs formulierte, laut welchem der Vergleich, den ein potentieller Auswanderer zwischen seinem Einkommen und dem anderer Menschen, die in seiner gleichen Gesellschaftsschicht oder Ursprungsgemeinde mit ihm zusammenleben, anstellt, ein Vektor ist, der bei der Entscheidung für eine Auswanderung großen Einfluss ausüben kann.

In den sechziger und achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts brach die Mikrohistorie als historiographische Praxis, die die höchste Beschreibung des menschlichen Verhaltens sucht, sobald der Zeitrahmen definiert wurde, mit Macht herein. Diese historiographische Methode zielt auf die Reduzierung der Beobachtungsskala durch konkrete und detailliertere Vorgehensweisen, durch eine mikroskopische Analyse der Tatsachen und sonstigen Umstände, die dem menschlichen Verhalten innewohnen, um dann, von hier aus, zu allgemeineren Schlussfolgerungen zu gelangen. Die Hauptverfechter dieser "Mikro" Strömung in der geschichtlichen Demographie sind: S. Akerman, A. Norberg, M. Anderson, C.A. Cossini, D.I. Kertzer, C. Brettel, F. Willekens, M. Gribandi, J.C. Moya, J. Stillwell, P. Congdon, G. Levi, M. Baud, A. Bideau, G. Brunet, B. Reay, J. Bordieu, A. Cofre und M. Manfredini, u.a.

In den achtziger Jahren des 20. Jahrhunderts kam die "Theorie der migratorischen Netze" auf, in einem neuerlichen Streben, die klassischen Thesen zu revidieren und noch einmal zu versuchen, mehr oder weniger definitive Ansätze an theoretische Fragestellungen zu schaffen sowie eine Methodik, die auf die Migrationsstudien anwendbar sei. Die herausragendsten Enthusiasten dieser Schule sind: T. Hareven, M. Anderson, M. Piore, A. Pla-



kans, M. Morgan, D.E. Baines, L.R. Taylor, D.S. Massey, J. Arango, G. Hugo, A. Konaonci, A. Pellegrino, J.E. Taylor, F. Devoto, D. Reher, F. Requena, C. Sarasua, K. Schurer, J. Recaño, G.R. Boyer, J.J. Hatton, S.A. Wegge, J.C. Moya, T. Baner, R. Leandro, V. Miguel.

Diese Theorie fand eine positive Aufnahme bei denjenigen Forschern der Emigration nach Amerika, bei denen, wie wir es in *Los paraísos posibles. Historia de la emigración vasca a Argentina y Uruguay en el siglo XIX* (Mögliche Paradiese. Geschichte der baskischen Emigration nach Argentinien und Uruguay im 19. Jahrhundert) (1992) feststellen konnten, die Bedeutung der Rolle, die die "ganchos", "enganchadores", "gatekeepers", "agentes reclutadores", also die "Anheurer" oder sogar das diplomatische Corps bei der Förderung der Migrationsketten hatten, deren Endziel der amerikanische Kontinent war, eine herausragende war. Wir hegen nicht den geringsten Zweifel daran, dass die Migrationsnetze, die sowohl an den Ausgangspunkten als auch am Endziel geflochten werden, den hohen Grad an Einzelentscheidungen und auch Familienentscheidungen hervorheben, wobei die Reisen und ihre Richtung gefördert werden. Die Migrationsketten sind für die Analyse der Kontinuität der Migrationsströme nützlich, die von sozialen Netzwerken aktiviert wurden, deren Ketten von Familienmitgliedern, Freunden und Landsleuten beider Richtungen der Bewegungen der Diaspora gewebt wurden.

Wir haben eine Zusammenfassung der verschiedenen theoretischen Bereiche und der Migrationssstudien vorgelegt, in der wir – synthetisch – die Tugenden und Schwachstellen einer jeden von ihnen geseht haben. Heutzutage ist der neueste Schrei die Methodik der baskischen Migrationsketten, die von Prof. Álvarez Gila angeführt wird, den Rocío García Abad unter den spanischen Historikern, die diese Vorgehensweise unterstützen, einschliesst. Mir erscheint es eine interessante konzeptuelle Perspektive, die jedoch nicht definitiv ist, u.a., da ich nur sehr selten unerlässliche Sequenzen von Migrationsketten in vernünftigen Zeitspannen gesehen habe, aufgrund der inhärenten Dokumentationschwierigkeiten, um dieses Ziel zu erreichen. Außerdem werden wir schon bald neue methodische Ansätze kennenlernen, die mit ihren spitzen Sturmböcken die "hervorragenden Erklärungstugenden" der Migrationsketten angreifen, um die Geheimnisse der internationalen Migrationsprozesse zu verstehen. Warten wir ab.

### Objective and preliminary remarks

As I already wrote in *El ámbito historiográfico y metodológico de la emigración vasca y navarra hacia América*, (The historiographic and methodological area of emigration from Navarre and the Basque Country to America) (2011), I consider that the production on Basque americanism in general, and on Basque emigration to America in particular, can be defined as good, multiple, polyedric and in certain occasions excellent, with a volume of written texts that is reasonably high. It is obvious that within this broad range there are notable differences in quality and also in the object of the analysis. In fact, countries like Argentina, Uruguay, Mexico, Chile,

Venezuela, Colombia and the United States of America have captured in a higher degree the attention of professional historians and of non-academic scholars. The area of Central America and the Andes were less lucky in this geographical elevation mark of fields of study. The same applies to Brazil.

Another of the main problems we, who we investigate migratory questions, encounter, is the non-existence of a unique and general theoretical framework with which to develop a precise methodology that covers the whole complexity of the study of international migrations. Therefore we have different theoretic focusses which sometimes even cause the impression to be contradictory. One question I find among those who work on the Basque migratory processes to America, is related to the almost unilateral vision made from Spain (Basque Country and Navarre) and not from both shores of the Atlantic Ocean.

The theses of Prof. Douglass on the difficulties operating, short -and long-term, against maintaining the collective identity and the orientation of any immigrant group towards its country of origin, are well-known. He also considers it to be necessary to reduce the group of protagonists of the Basque diaspora to those individuals in possession of a Basque ethnic-cultural conscience and who act within a determined temporal and spacial framework according to their origins, at least in relative terms.

### On methodology

Another aspect, extremely interesting for certain researchers of Basque emigration to America and which became widespread some 5 years ago, is that of the identity of Basque collectives and their organization in fraternizing centers and associations. The image these organized Basque collectives project, also rises absolute passions. Here all identity-relevant characteristics of the Basque groups in America are included, as there are: their own language (which, however, has not lasted very long), the cultural, culinary and religious traditions. Identity-relevant characteristics which differentiate them (supposedly) from other Spanish groups, of course, but also from other regions. In the Basque Country, as well as in Navarre, the influence of the exodus to overseas on the social, economic and cultural development of both areas is yet to be studied more thoroughly.

It would also be fruitful to do away with the stereotypes created with regard to migratory questions and their myths. On the other side of the Atlantic Ocean, the picture they have of the Basque Country and Navarre is quite frequently a simplistic and erroneous one, often anchored in the past. Thus, the dialogue between these territories and their diaspora is not only based on an exchange of information, but also of one of disinformation, or rather, of a distorted informatin, falsified in the course of time. And this does not seem reasonable at all to us. It would also be interesting for the sociopolitical plurality that characterizes Basque society to be transferred to the fraternizing centers of the Basque people on the Ameri-

can continent, since it would create a confirmation of reality in that territory which at the moment does not exist.

### Historiographic balance

In this essay we insist on emigration being a topic which until 1980 did not rise great interest among the Basque historians, compared with others, much more in vogue, as there are the industrialization of the Basque Country, the history of Basque nationalism, special rights of the local church, etc. In 1993, five students from the University of Deusto, Andoni Oyarzabal, Izaskun Andonegui, Jasone Arregi, Celestina Goitia and Pilar Sánchez published an article with the title *La historiografía sobre la emigración vasca a Ultramar: breves conclusiones* (Historiography on the Basque overseas emigration: some short conclusions) and five years later, Iñaki Aduriz, José Ángel Ascunce and José Ramón Zabala present their work *América y los vascos. Introducción y estudio bibliográfico* (America and the Basque people. An introduction and bibliographic study). We can find a vision from the Spanish perspective in Xosé Manuel Núñez Seixas, in "Historiografía española reciente sobre migraciones ultramarinas: un balance y algunas perspectivas" (Recent Spanish historiography on overseas migrations: a balance and some perspectives), in *Estudios Migratorios Latinoamericanos*, year 16, August 2001, nº 48, pags. 269-295. Despite the fact that these "migratory studies" as such don't have an identifying label as they do in other countries, and even though the synthetical works and those from a Spanish area are still unsatisfactory, we emphasize on the advances several regional historiographers are carrying out, despite the theoretical-methodological dependency of other historiographers still being the rule. In 2002, the original of José Miguel Aramburu Zudaire's *La emigración vasca a América en la Edad Moderna. Balance historiográfico* (Basque emigration to America in the Modern Period. A historiographical balance), where the author gives a thorough list of books and articles published on Basque emigration to America in the Modern Period, and introduces a series of serene and well-expressed reflexions on the past and the future of Basque historiography on that topic. Professor Aramburu Zudaire sustains that since 1980, and particularly from the nineties of the 20th century onwards, new and important ways of investigation and analysis have been opened, thanks to the use of unedited sources or those which hitherto had not been included. I agree with him where he sustains that the Spanish historiography, as well as the Basque, have to work closer together and with those carried out outside of Spain, particularly in America.

Aramburu Zudaire sustains that in many cases the studies on Basque emigration to America have been carried out from the merely geographical delimitation of the historical Basque territories of Biscay, Araba and Gipuzkoa, the Chartered Community of Navarre or the French provinces of Labourd, Soule and Basse-Navarre.

In 2005, the magazine *Vasconia* [Eusko Ikaskuntza] published a monograph called "20 años de Historiografía Vasca: Revista Vasconia 1983-2003" (20 years of Basque

historiography: magazine *Vasconia* 1983-2003) in which more or less accurately, depending on the author and the analyzed time, the Basque historiographical output in the mentioned space of time was studied, more or less rigorously, according to each case.

In the monographic book *XXV años de historiografía hispana (1980-2004)* (25 years of Hispanic historiography – 1980-2004), edited by José Antonio Munita Loinaz and José Ramón Díaz de Durana, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2007, Oscar Álvarez Gila, author of several works on Basque emigration, deals once again the Basque Americanism with the suggestive headline: "Americanism in the Basque Country. Defeating the impossible?" where he makes echo of what Ronald Escobedo already wrote in 1990 about the excess of regionalism or exaggerated particularism when treating questions related to the New World which make a more global analysis more difficult or even may undermine it. Álvarez Gila's arguments seem very accurate to me in this sense, when sustaining that certainly, this danger is present in any kind of investigation focussed on a topic so prone to fall into an excessive regionalism, in the self-complacency of poor investigation, withdrawn from the contrast of advances, evolution and debates of other historiographies, close or distant geographically but related in topics and epistemology. Professor Álvarez Gila denies the importance of the "ganchos" or hooking agents as one of the main factors for Basques to leave for Latin America. Álvarez calls "exaggerated attention" the space dedicated to this casuistry, and at the same time "clearly out of focus" which shows once more the high opinion Álvarez Gila has of his own assertions. This bad impression is even increased taking in account the fact that practically all of yesterday's and today's investigators see these sinister characters as a fundamental reason for any human exodus of international traits. We believe that Álvarez Gila demonstrates with this remark a thorough ignorance of the question he criticizes, due to a lack of familiarity and consultation of specific sources on this point. Thoroughly reading the nineteenth-century press is enough to see the dimension of the phenomenology of the hooks in the Basque migratory tradition.

### Different focusses

All those, who dedicate themselves to the question we treat here, know we do not have our own, universally accepted, methodological area. I think this fact can be deducted from the previous pages. Therefore, introducing now, at least in a resumed form, some considerations on the theorization in which the works on migrations in general move and on those of an international character, has seemed reasonable to us.

The first reflexions with a scientific touch appeared in the heat of the positivist atmosphere at the end of the 19th century. Its trail leads up to the middle of the 20th century and was supported in macroanalytical and macrostructural models. With regard to emigration, it is explained as the consequence of considerable differences in the economic structure between the expulsion areas and those of reception of these migratory flows. It is obvious

to think that the protagonist of the diaspora left the poorer areas to those better treated by fate and also from the countryside to the towns.

F.G. Ravenstein is the first (and most exact) to express this explicatory model of the pull and push factors. He states that economic causes are the main reason for the exodus of people from one spot on Earth to another. Moreover: the capitalist system in itself and its labour model, with fluctuant economic cycles of rise and fall and economic crisis explain almost everything. For this reason, the most important migration happens from the rural areas to the industrialized ones, since the emigrants always desire to achieve an absolute improvement of their personal and family fate. These axioms, which were considered irrefutable for decades, were followed, more or less successfully, by: A. F. Weber, A. Redford, H. Jerome, W. I. Thomas and F. Znaniecki. O. D. Duncan and S. A. Staonffer, who intended to deepen in the scientific character of Ravenstein's thesis, creating a model of opportunities, according to which the migratory movements are directly proportional to the number of existing opportunities. In this same interpretation line, already in the forties of the 20th century, we have to place a D. Thomas and G. K. Zipf. The latter proposes a law of inverse distance, according to which the volume of emigrants between two places is inversely proportional to the distance between these two places. We also have to mention J. Q. Stewart, D. J. Boque, E. Lee and M. M. Hagood and Zelinsky who established five historical phases in the migratory flows.

All these models have a strongly economic character and were revised in the 1960s within the general context of global revisionism of social sciences and the Humanities which was going on at the time. Thus, macroeconomic theories tackle the migratory studies from the premises of the use of added variables and include ample frames, geographical as well as temporal. That way, migrations are being studied under the umbrella of general economic laws which try to give a global and universally accepted explication. Therefore we are faced with the model known as "the dualist model or the model of lack of balance" whose main representatives are: A. Lewis, J. Fei, G. Ranis, M. P. Todaro, J. Stillwell y P. Congdon. We can find another variety of this macroeconomic analysis in the "balanced model", with G. Hunt at the front that shows us the importance of choosing the destinies in the worldwide emigration mechanisms.

On the other hand, we know about the "theory of the global system", represented, above all, by I. Wallerstein and very much en vogue in the 1960s and 1970s. Other authors which support it are: A. L. Mabogunje, E. M. Petras, A. Portes, J. Walten, D. Massey and S. Sassen. More or less symmetrically, for all of them migrations are logical actions inherent in the economic globalization's own processes and mechanisms and the peculiar character of the markets which they define as transnational and where multinational companies exercise main protagonism. As Rocío García Abad says very correctly, the protagonists of emigration are not considered as individuals but as groups or sectors.

In 1979, M.J. Piore sustained that international migrations happen due to the factors of attraction and not to those of expulsion. This is the so-called "Theory of the dual or segmented job market". It is, thus, the western society and its high industrialization process which require labor force galore, the cause of the people's move from one place of the planet to another one, looking for jobs in the industrial sector. Interesting, even though, in our opinion, hard to sustain in a global way, is the thesis that was propped up in the 1970s and 1980s by F. F. Mendels, H. Medick, D. Levine, C. Tilly and De Vries, the "proto-industrialization model" which insists in seeing migratory continuity between the workers who helped build the factories in the preindustrial or protoindustrial era who were those who emigrated later and settled in the city industries.

The "neoclassical economic theory" builds its fundament on the existence of differences and lack of balance between the different regions and industrial and entrepreneurial sectors of the economy. It insists on the decision-making capacity of the individual with regard to the microanalytical perspective, which we will see later, that sees the family as the main analytical unit. Its main representatives are: A. Lewis, J. Fei, G. Ranis, J. R. Harris, M. P. Todaro, T. W. Schultz, R. M. Solow, G. Becker, L. A. Sjaadstad, M. Greenwood, O. Stask and D. E. Bloom.

The neoclassical economic theory has had a vital impact on the number of studies on emigration, since its content's structural bases is considered very clarifying. Among its propositions it insists that people's movements are due to the difference in salary between social groups and geographical areas, to working conditions between nations and to emigration-inherent costs. Theorists of this explanatory current say that, in truth, migrations are the consequence of personal decisions taken and that they have a notoriously selective character. They insist that individuals move more because of the expected profits than because of the real ones.

The New Economics of Migration is a theory that emerges from the considering the family unit as a rational decision-taking unit, conditioned by the subsistancial needs of the group. The families defend themselves against economic and social pressure. Their strategies and economic activities are conditioned by the economic options of their surroundings and by the availability of labor force within the household. Therefore, this school considers that the family is everything when understanding the migratory process since it makes the insertion of the protagonists possible and facilitates their exit channels and the later settlement. This theory emphasizes one factor that influences directly on the migratory typology, as is the vital cycle, this being defined as the consequence of stages a family goes through from its initial organization until its disappearance and we can resume the phases of: creation, expansion, stability, contraction, "empty nest" and extinction. The main representatives of this analysis are D.E. Bloom, D. Levhari, E. Katz, S. Yitzhaki and J.E. Taylor and O. Stara who articulated the model of relative deprivation, according to which the comparison the possible protagonist of an



emigration makes between his income and that of other individuals who live in his same social group or community of origin is a vector that can have a great control on migratory decision-making.

In the 1970s and 1980s microhistory burst in as a historiographical practice that strives for maximum description of human behaviour, once the temporal frame has been defined. This historiographical method seeks to reduce the observation skala with concrete and detailed proceedings with a microscopic analysis of the facts and further circumstances which are inherent to human behaviour, in order to arrive at more general conclusions from there on. The main supporters of this “micro” current in historical demography are S. Akerman, A. Norberg, M. Anderson, C.A. Cossini, D.I. Kertzer, C. Brettel, F. Willekens, M. Gribandi, J.C. Moya, J. Stillwell, P. Congdon, G. Levi, M. Baud, A. Bideau, G. Brunet, B. Reay, J. Bordieu, A. Cofre and M. Manfredini, among others.

In the 1980s, the “theory of migratory networks” came up, in a new eagerness for revision of the classical theses and one more intent to create more or less defined focuses on theoretical questions and of a methodology that can be applied to migratory studies. The most outstanding enthusiasts of this school are: T. Hareven, M. Anderson, M. Piore, A. Plakans, M. Morgan, D.E. Baines, L.R. Taylor, D.S. Massey, J. Arango, G. Hugo, A. Konaonci, A. Pellegrino, J.E. Taylor, F. Devoto, D. Reher, F. Requena, C. Sarasua, K. Schurer, J. Recaño, G.R. Boyer, J.J. Hatton, S.A. Wegge, J.C. Moya, T. Baner, R. Leandro, V. Miguel.

This theory has been very well received by those scholars who study emigration to America where, as we can see in Los paraísos posibles. Historia de la emigración vasca a Argentina y Uruguay en el siglo XIX (Possible paradises. History of Basque emigration to Argentina and Uruguay in the 19th century (1992), the significance of the role of the “ganchos”, “hooks”, “gatekeepers”, “recruiting agents” or even diplomatic authorities, had an eminent impact in fomenting the migratory chains whose final destiny was the American continent. We are sure that the migratory networks which emerge in the starting places as well as in the final destination emphasize to a high degree the individual and the family decisions in pro of emigration, fomenting the movements and their direction. The migratory chains are useful for an analysis of the continuity of migratory flows, activated by social networks whose cloth is woven by family, friends and contrymen from both sides of the diaspora’s origin.

We have given a summary of the different theoretical areas and for the study of migration where we have seen - in a synthetical way - the pros and cons of each. At present, the newest fashionable methodology is that of the Basque migratory chains, leaded by professor Álvarez Gila, whom Rocío García Abad includes in the list of Spanish historians who second this approach. To me, it seems an interesting conceptual perspective, but not a definite one, among other reasons, because only a few times have I seen rigorous sequences of migratory chains in reasanable timeframes faced with the documental dif-

ficulty inherent in order to achieve this aim. Furthermore, not before long we will get to know new methodological focusses which throw their sharp battering ram on the “marvellous explanatory virtues” of the migratory chains in order to understand the secrets of the international migratory processes. Time will come.

## I. Propósito y reflexiones previas

Como ya he escrito en 2011<sup>1</sup>, considero que la producción sobre el vascoamericanismo en general y sobre la emigración vasca hacia América en particular puede definirse como buena, plural, poliédrica y en determinadas ocasiones de excelente factura, con un volumen de textos escritos razonablemente elevado. Es evidente que, dentro de este amplio abanico, existen notables disimetrías de calidad y también de objeto de análisis. En efecto, países como Argentina, Uruguay, México, Chile, Venezuela, Colombia y Estados Unidos han captado en mayor medida que otros la atención de los historiadores profesionales o de los eruditos no académicos. El área centroamericana y la andina han tenido peor fortuna en este objeto de acotación geográfica del campo de estudio. Lo mismo diremos de Brasil. Bien es cierto que han pesado en esta circunstancia, probablemente, la existencia de trabajos previos, a lo que hay que añadir que se trata de los destinos más nutridos a los que accedieron nuestros antepasados vascos y navarros. Creo, por ello, que sería del todo interesante, y lo incluyo como primera sugerencia, que los ensayos, tesis y otras investigaciones a futuro sobre esta materia tuviesen presente esta circunstancia, con el fin manifiesto de poder conocer y degustar la estructura y características de la emigración vasca a estos puntos del continente americano de los que tan poco sabemos, bajo los parámetros de rigor que se merecen.

Otro de los principales problemas con el que nos encontramos quienes investigamos sobre cuestiones migratorias es la no existencia de un marco teórico único y general con el que desarrollar una precisa metodología que abarque toda la complejidad del estudio de las migraciones internacionales. Como sustentaba Malgesini, en 1998, las migraciones son fenómenos de gran complejidad y difícil encasillamiento dentro de un único cuerpo teórico. Insiste en que no se trata tampoco de una cuestión de eclecticismo sino más bien de adecuar el bagaje teórico disponible a las explicaciones de procesos concretos, en tiempo y en espacio, usando su propia expresión. Así que disponemos de diferentes enfoques teóricos y que, a veces, pueden dar la sensación, incluso, que son contrapuestos. En este sentido tengo una tendencia general a respetar, de forma absoluta, el marco teórico y conceptual que escoge cada investigador, sin pretender que aquél o aquéllos por mí decididos sean los verdade-

<sup>1</sup> Azcona, José Manuel, El ámbito historiográfico y metodológico de la emigración vasca y navarra hacia América, Vitoria-Gasteiz, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, pág. 215. En gran medida, esta ponencia reproduce las reflexiones y análisis por nosotros hecho en este libro, realizado en el proyecto de investigación vinculado a la Cátedra Iberoamericana Presdeia, de la que el autor de esta ponencia es su director. Esta Cátedra está inscrita en el Vicerrectorado de Investigación de la Universidad Rey Juan Carlos, dentro del Programa Santander Universidades, y cuya referencia es F01-HC/Cat-Ib-2009-2012.

ramente válidos, lo que muchas veces no es habitual por parte de algunos estudiosos.

Una cuestión que encuentro, entre los que trabajan los procesos de emigración vasca hacia América, se relaciona con la visión casi unilateral realizada desde España (País Vasco y Navarra) y no desde ambas vertientes atlánticas. Entiendo que no es tarea fácil ni que resulta barata la investigación en los escenarios americanos, pero veo tal circunstancia imprescindible. De lo contrario, el objeto de estudio desmerece considerablemente. Una manera razonable de solventar esta problemática puede estar en la configuración de equipos de investigación que agrupen a estudiosos de ambos lados de los Pirineos y del Atlántico, con lo cual el resultado final sería de enriquecimiento mutuo y si se añade la interdisciplinariedad aún resulta más interesante la perspectiva. Otros elementos sustanciales los aporta William A. Douglass en 1999:

Aporto una visión externa, basada en mis experiencias de más de tres décadas estudiando la diáspora vasca tanto en el oeste americano como en Australia y varios países de Latinoamérica. Otra dimensión que aporto es cierto conocimiento de la literatura académica sobre el mantenimiento de la etnicidad definida en torno a su país de origen entre los diversos grupos de inmigrantes que, con sus movimientos, han contribuido mucho a la configuración tanto económica y política como social y cultural del mundo que habitamos [...] Trabajar en pro del mantenimiento de la cultura vasca, sobre todo en situaciones de diáspora, parece ser una condena perpetua dado que los factores que militan en contra están siempre presentes, y siempre mudándose según las nuevas circunstancias [...] También se deberían de tener en cuenta las carencias actuales y las futuras necesidades de las nuevas diásporas vascas en formación. Me refiero al hecho de que prácticamente se ha parado la emigración vasca trasatlántica y las colectividades vascas de ultramar se están envejeciendo. En cambio hay un notable dinamismo de migración vasca aquí en Europa. Dos de los destinos más destacados dentro del Estado español son Madrid y Barcelona. También, dadas las nuevas configuraciones y posibilidades dentro de la Unión Europea, los vascos de Londres acaban de lograr la masa crítica suficiente como para constituirse en asociación. No es difícil pensar en futuras colectividades vascas significativas en lugares como Roma y Milán, Estrasburgo y Bruselas, Berlín y Copenhague. O sea, hay una gran europeización de la diáspora vasca en vías de formación. A fin de cuentas, la persistencia de la iniciativa política diaspórica, objeto de una constante evaluación por parte del electorado y las entidades de aquí, dependerá de la persistencia de sus éxitos. Así que, un triunfo en Buenos Aires beneficiará a Boise, un fracaso en San Francisco, caerá también sobre Sydney.<sup>2</sup>

Son conocidas las tesis del profesor Douglass sobre las dificultades que operan, tanto a largo plazo como a corto, en contra del mantenimiento de la identidad colectiva y

orientación hacia su país de origen de cualquier grupo inmigrante. Siempre en los países de inmigración europea, afirma William A. Douglass, se llega a un momento en el que se ve como peligro el perder el alma nacional por una política inmigratoria demasiado liberal. El debate se enfoca en términos del reto que supone la presencia de grupos étnicos encerrados en sus mundos propios, hablando sus lenguas particulares e incluso adorando a otros dioses. Existe una literatura argentina extensa sobre tal circunstancia en la cual apenas entra la comunidad española. O sea, que en América cuesta concebir a los nacionales de la antigua metrópoli como un grupo étnico con entidad propia y menos como colectividad que amenaza la cultura del país americano de destino. Sucede lo mismo con los británicos en Australia, Canadá y Estados Unidos. Así que, como norma, se puede decir que la inmigración llama la atención donde sus efectivos forman una alternativa al paradigma cultural nacional. En este sentido, un español o un vasco en Argentina o Uruguay no es un extraño, sino un connacional a pesar de no ser del todo un conciudadano. El mismo emigrante vasco que opta por iniciar su aventura migratoria en Estados Unidos, Canadá, Australia o Nueva Zelanda es un extranjero, pertenece a una cultura exógena y, en la mayoría de los casos, estará condenado a pasar lo que queda de su vida en una situación más o menos marginal con respecto a la sociedad y a la cultura dominantes<sup>3</sup>.

Estas consideraciones nos parecen del todo atractivas pues, a lo mejor por los influjos de más de veinticinco años de gobierno nacionalista en la Comunidad Autónoma del País Vasco, o quizás por el engarce nacionalista de algunos estudios de esta fenomenología y de los dirigentes de los centros vascos en América, se ha pretendido mostrar con suprema insistencia que las colectividades vascas han mantenido tal identidad propia alejada de otros grupos de españoles que les ha hecho notoriamente diferentes al resto de colectivos peninsulares y, por supuesto, de otras naciones europeas protagonistas de la diáspora ultramarina. Que una cosa es la pervivencia de los rasgos identitarios, como ha acontecido con gallegos, asturianos, catalanes..., y otra la singularidad universal tantas veces repetida. De forma global, en nuestros días se relaciona con la gastronomía y en menor medida con el folclore o con el conocimiento relativo de que algunos de los miembros de la colectividad vasca hablan un idioma singular y específico. Su ubicación en España es bien conocida y en menor grado en Francia. También hay una identificación de lo vasco con el fenómeno terrorista de ETA, desgraciadamente. Por ello, afianza Douglass, los vascos de la diáspora tienen, en general, una imagen de su país muy arcaica, anclada en la vida rural, pastoril y pesquera que bordeaba antaño el caserío. Se trata de una visión importada antes de la Segunda Guerra Mundial, o incluso de principios de siglo:

Era el mundo dejado por el emigrante joven que luego se convirtió en padre, abuelo y bisabuelo, siempre transmitiendo a sus descendientes una visión de la realidad vasca cada vez más anacrónica. Para los que recibieron estos

<sup>2</sup> Intervención del profesor William A. Douglass en Euskadi Munda Eraitzen-Congreso Mundial de las Colectividades Vascas, 1999.

<sup>3</sup> William A. Douglass, La diáspora vasca, o/m, s/f, pág. 10.

datos, la experiencia global, la importancia de su descendencia de vascos, pasa a formar parte de su persona, al menos una vez al año, con ocasión de una fiesta del centro vasco local. Pero ya no es un hecho que le informa en su diaria vida. En este escenario pesimista, con el tiempo, la identidad vasca se muere, no a pasos agigantados y al sonido de trompetas sino poco a poco y sin dejar huellas ni remordimientos.<sup>4</sup>

Douglass cree que el centro vasco tiene grandes posibilidades sólo si se adapta a las nuevas realidades. Es decir, que no perdurará si se basa exclusivamente en la simbología que lo caracterizó en la primera fase a base de recuerdos folclóricos y nostálgicos de un País Vasco bucólico o Arcadia feliz. Claro está que tampoco propone su total desaparición, pero insiste en que estamos ante el problema de envejecimiento de la diáspora vasca, al no existir ya, lógicamente, ni un marco colonial que la renueve, ni un marco de masiva inmigración libre y abundante como la que tuvo lugar en el siglo XIX y la primera mitad del XX. Por ello, propone utilizar tanto las iniciativas del Gobierno Vasco a favor de la diáspora vascoamericana como los avances de la técnica y los medios de comunicación para dar a conocer la esencia y la cultura vasca allá donde sus protagonistas tienen fuerte presencia real.

En los momentos actuales, las nuevas investigaciones -coincido en esto con Oscar Álvarez Gila- están orientándose hacia la conformación interna de los grupos vascos asentados en los países de destino, toda vez que abandonan la cuantificación que tanto atrajo en las décadas de los setenta y ochenta y aún después del pasado siglo. Esta obsesión numérica ha sido definida por el profesor Douglass como bio-genealógica y es necesaria para el estudio de cualquier aspecto de la emigración vasca. Claro que, en demasiadas ocasiones, el medio se ha convertido en fin. Es decir, en la mayoría de estos estudios cuantitativos el esfuerzo empieza y termina con la enumeración y posible identificación, muchas veces por los apellidos, de todos los vascos y supuestos vascos, actuando durante cierto periodo de tiempo dentro de un ámbito espacial determinado. Téngase en cuenta que éstos rara vez aparecen con esta tipología en los registros de las repúblicas americanas de destino sino como españoles o franceses. A este respecto, William A. Douglass afirma: "Personalmente creo que tales obras son listines más que estudios. E incluso como listines a veces manifiestan grandes defectos. Tienen una tendencia a admitir candidatos sospechosos, como cuando se incluye a uno con un apellido vasco de ocho, o cuando meten a un Aguirre por apellido cuando a lo mejor es descendiente de indios bautizados tiempo atrás con tal apellido. También tales estudios se enfocan más bien hacia las élites, por su mayor probabilidad de figurar, de dejar huellas en las arenas históricas"<sup>5</sup>. No podemos estar más de acuerdo.

Llegados a este punto, parecería razonable, en opinión de William A. Douglass, cercenar el plantel de los protago-

nistas de la diáspora vasca a aquellos individuos que poseen una conciencia étnico-cultural vasca y que actúan en un marco temporal y espacial determinado a tenor de sus orígenes, al menos en términos relativos. Y que se pone de manifiesto en casamientos endogámicos, en la creación de negocios con los connaturales, en el uso del euskera, en la práctica de deporte propio o en la participación de sociedades genuinamente vascas. Desde esta atalaya, el solo hecho de agrupar a doscientas personas con apellido vasco en el centro de Buenos Aires, a mitad del siglo XIX, no es suficiente. Vistas las cosas desde esta perspectiva, y como puede intuirse, las dificultades metodológicas se amplían por momentos pues si buscar a los emigrantes vascos y sus descendientes se convierte en una tarea detectivesca, hallar los elementos de etnicidad y endogamia grupal "pura" nos lleva a un trabajo de dificultosa laboriosidad.

## II. En torno a la metodología

Otro aspecto que interesa sobremanera, a determinados estudiosos de la emigración vasca hacia América, y que ha despegado con fuerza desde hace un lustro, es el de la identidad de los colectivos vascos y su organización en centros de confraternización y cofradías. La imagen que proyectan estos colectivos vascos organizados también apasiona de forma absoluta. Y aquí se incluyen todos los rasgos identitarios de los grupos vascos en América como la lengua propia (que no ha perdurado en absoluto, por cierto), las tradiciones culturales, culinarias, religiosas. Rasgos identitarios que les diferencian tanto (supuestamente) de otras colectividades españolas, por supuesto, pero también de otras tierras.

Tampoco será yo quien insinúe, ni siquiera de forma tenue, que unos historiadores se dedicaron en otro tiempo a las cuestiones que ahora nos ocupan y que en la actualidad no lo hacen. Pienso que en el ejercicio de la producción historiográfica, cada autor es libre de cercenar el objeto de sus investigaciones. ¿Por qué extraña razón uno ha de anclarse de por vida a una única línea de estudio? Que, además, según se desprende de determinados comentarios que hemos incluido páginas atrás, debe ser continua en el tiempo y en la forma, es decir, en la producción científica. El solo hecho de escribir esto me produce desazón porque, entendiendo que la dispersión conceptual y metodológica es mala para cualquier historiador, el hecho de trabajar siempre sobre una única cuestión puede desembocar en pocos interrogantes, repeticiones de ideas, conceptos y métodos, o, lo que es peor, en un exceso de localismo sin interés alguno fuera del minúsculo ámbito personal o geográfico decidido para nuestro estudio. Además reivindicó desde aquí la posibilidad, del todo lícita y de saludable ejercicio intelectual, de retomar de forma alterna el interés por el estudio de la temática que se ha escogido como principal, o secundaria, sin que por ello tenga que pedir perdón a la profesión. Es por ello por lo que en el conjunto de quienes somos los que estamos en el estudio del vascoamericanismo, diré que todos aquellos que tengan algo que aportar al respecto, y que quieran hacerlo, lo hagan, sin tener en cuenta si estaban antes o no del V Centenario del Descu-

<sup>4</sup> William A. Douglass, *Construyendo el futuro*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1995.

<sup>5</sup> William A. Douglass, *La diáspora vasca*, pág. 15.



brimiento de América, si obtuvieron o no subvenciones del Gobierno Vasco y otras Instituciones, si han mantenido o no continuidad en sus investigaciones al respecto. Como si se acercan a esta temática por primera vez, bienvenidos sean todos, que así tendremos un mayor y más profundo conocimiento de la emigración vasca y Navarra hacia América, cuestión ésta a la que algunos pocos hemos dedicado nuestra tesis doctoral y que nos produce una sincera emoción más allá de un manifiesto interés por todo lo que acontece a su alrededor. Tampoco me obsesionaré por el marco geográfico que cada investigador quiera escoger, o cómo lo llame, cuestión sobre la que no existe aún acuerdo general a la hora de definir el concepto de lo vasco en circunscripción territorial global. Ya hemos hablado de ello páginas atrás así que no me repetiré pero sí insistiré en el respeto al marco territorial escogido por cada autor, sin tener que entender que el verdaderamente válido es Euskal Herria.

En referencia a la celebración de conmemoraciones de efemérides históricas que impulsen la actividad investigadora, mi postura no puede ser más clara: apoyo totalmente su existencia. Es tan obvio para quien esto escribe que tales eventos, y más allá de sus aspectos lúdicos, no traen más que beneficios para el impulso científico que casi sobra cualquier otro comentario. Coincido a este respecto con Miguel Ángel Aramburu Zudaire: “Con todo, una línea divisoria en la historia de lo que se ha escrito sobre este tema, y que a nadie puede sorprender, es la fecha casi mítica del 92 pues, nos guste o no, impone un antes y un después, como si sólo hubiera dos grandes etapas en el balance historiográfico. En efecto, siendo algo coyuntural e incluso extemporáneo a lo que debe regir el quehacer del historiador, es innegable el efecto que causó aquel evento al menos en el aumento de la producción bibliográfica sobre todo lo relacionado con América. El apoyo institucional público y privado a la celebración de congresos, proyectos, programas, etc., promovió los esfuerzos de muchos profesionales, veteranos y jóvenes, y de aficionados de la Historia, con lo cual la calidad de los trabajos, como era de esperar, fue desigual. Creo, sin embargo, que el balance general es positivo aunque sólo fuera por el empuje que se dio a la investigación histórica, la cual ha seguido progresando en la última década sobre un tema que, ni muchos menos está agotado, como no lo está ninguno en nuestra disciplina, pero que hoy conocemos un poco mejor y de una manera más acabada que en las anteriores etapas, gracias a nuevos enfoques, criterios metodológicos, fuentes, etc.”<sup>6</sup>

Tanto en el País Vasco como en Navarra, verdaderos ámbitos geográficos exportadores de emigrantes, aún falta por estudiar con detenimiento la influencia del éxodo ultramarino en el desarrollo social, económico y cultural de ambos territorios. Es un gran campo de posibles investigaciones. No en vano, hemos de tener en consideración que para numerosos emigrantes cualquier acto migratorio es parte de un proceso vitalicio en el cual la migración se percibe como una estrategia global. Así que un individuo puede emigrar más de una vez dentro de su

país o hacia Europa antes de partir para el Nuevo Mundo. Como narra el profesor Douglass<sup>7</sup>, la mayoría de los vascos que entraron en California con la fiebre del oro, venían del Cono Sur americano y no desde Europa, tal y como se cuenta en Amerikanuak con detalle. Hay vascos viviendo hoy en Vancouver que reemigraron después de haber cortado caña de azúcar en Australia. De hecho, la colonia vasca de Vancouver, que ya tiene un centro de confraternización propio, es más la creación de los vascos de Australia que de los que llegaron de Europa. Porque la incorporación de nuevos inmigrantes hace aumentar la masa crítica imbuida de etnicidad, ya que si éstos pueden hablar euskera, acudir a un médico, abogado o cura vasco en caso de necesidad, es obvio que tiene que existir un número suficiente de individuos para soportar y dar sentido a las características sociales, económicas y culturales de un grupo étnico destacado como tal y que practica la endogamia activa. Pero, a la altura del año 2010, ¿qué es lo que queda de la etnicidad endogámica en América? La batalla del idioma y la “sangre” se han perdido. Uno de los ejemplos más ilustrativos de lo que decimos lo narró Ángela Querejeta, la viuda de José María Iparraguirre, quien en 1877 dio un concierto en un teatro de Buenos Aires. Buscaba recaudar fondos para (ante su estado de indigencia) poder regresar al País Vasco. Al escuchar al poeta cantar sus versos, sus compatriotas, los inmigrantes vascos y navarros se echaban a llorar, a la vez que sus hijos, argentinos y completamente ignorantes del euskera, reían tanto por el espectáculo del escenario como por las lágrimas que derramaban sus progenitores. Porque los nietos quieren recordar lo que los hijos desean olvidar. Los hijos de los inmigrantes quieren escaparse del entorno de las raíces de sus padres. Tienen hasta vergüenza de éstos por su falta de aculturización. Quieren ser buenos americanos, buenos argentinos, uruguayos o chilenos... Así que rechazan la diferencia en lugar de sentirse orgullosos de ella. Son los nietos de los protagonistas de la diáspora los que después lloran por la pérdida de la lengua de sus ascendientes y de los valores culturales vascos, llegando incluso a culparles por tales pérdidas y es que esto es así al menos en términos relativos. Entre los partícipes originarios del éxodo, convivieron en tiempo y espacio inmigrantes vascos de diversa procedencia y pasaporte. Como destaca Álvarez Gila, no resulta extraño descubrir en América peculiaridades en la forma de construcción de la identidad vasca basadas en elementos identitarios comunes, tales como el idioma vasco, con el surgimiento de planteamientos de tipo nacionalista “bastantes años antes de que estos mismos procesos se diesen en Euskal Herria”<sup>8</sup>. Creo que sería más preciso afirmar que se trata de actuaciones políticas prenacionalistas o protonacionalistas. En cualquier caso, la cita nos sirve para indicar otra carencia: la de monografías vinculadas a la organización y difusión de los credos políticos contemporáneos en América por parte del colectivo vasco: liberalismo, carlismo, nacionalismo sabiniano, socialismo, comunismo, anarquismo,

<sup>6</sup> Art. Cit., pág. 22.

<sup>7</sup> En La diáspora vasca, págs. 22 y 23.

<sup>8</sup> Álvarez Gila, Oscar, De América y los vascos..., pág. 300.

fascismo y derecha católica<sup>9</sup>. Me da la impresión que el desenlace de este tipo de analítica iba a resultar bien aleccionador de la pluralidad político-ideológica de la colonia vascoamericana. Hasta la fecha, y tal y como hemos visto, tan sólo contamos con textos ubicados en el nacionalismo. Vuelvo a coincidir con el profesor Álvarez Gila cuando insiste en la inclusión, que debería hacerse, en los estudios de historia contemporánea vasca de los fenómenos migratorios hacia América y todas sus circunstancias inherentes pues hasta ahora se presentan siempre como monografías individuales o incluyendo su legado de forma secundaria. Estas son sus palabras exactas:

El canon de la historia vasca contemporánea, a nuestro entender, debería reescribirse, para asumir y reconocer, en su medida, la originalidad de estas formulaciones, y la pertenencia de su historia al tronco común de la historia vasca, pues no en vano son producto de unos momentos en los que la emigración era tan importante, y se hallaba tan arraigada entre el País Vasco, que como bien recordaba Pierre Lhande, “para ser un vasco auténtico eran necesarias tres cosas: llevar un apellido sonoro que denote su origen, hablar la lengua de los hijos de Aitor y... tener un tío en América”.<sup>10</sup>

También sería fructífero terminar con los estereotipos generados en torno a las cuestiones migratorias y sus mitos. Echo en falta al menos un ensayo riguroso sobre la cuestión. En España y en Francia se construyen imágenes sobre la vida vasca en Argentina o el oeste americano, por ejemplo, de una manera legendaria. Casi mítica. Al otro lado del océano Atlántico se tiene una idea del País Vasco y de Navarra muchas veces simplista y equivocada, y también anclada en el pasado. En este sentido, podemos afirmar que existen varios países vascos en la mente colectiva de la diáspora y que son formulados por emigrantes que salieron hace muchos años y por sus hijos y nietos. Casi ninguna de estas formulaciones corresponde a la realidad de la vida cotidiana del País Vasco y Navarra. Así que el diálogo entre estos territorios y sus diásporas está basado no sólo en un intercambio de información sino también en uno de desinformación, o mejor dicho, de información deformada y adulterada por el paso del tiempo. Y esto, no nos parece nada razonable.

También resultaría interesante que la pluralidad sociopolítica que caracteriza a la sociedad vasca se trasladase a los centros de confraternización de los vascos en el continente americano pues generaría en aquel territorio una constatación de la realidad que ahora no se da. Y no se da porque, como ya hemos dicho, estos lugares de reunión y asociación vascos sólo cobijan la ideología nacionalista, tanto en la versión sabiniana como en la vinculada a Herri Batasuna y su estela. El discurso imperante en ellos es sectario, no plural, y pletórico de anti-españolismo, aunque con Francia no sucede otro tanto, al menos

en términos absolutos. En verdad que abogamos por la concordia y la quietud de quienes provenimos del solar vasconavarro, concordia y quietud que nos gustaría fuese eterna en nuestro terrazgo europeo con respeto radical a cualquier planteamiento sociopolítico (base de la democracia parlamentaria, por cierto) y que tales circunstancias operasen también en las colectividades vascas de América. Claro que esto pudiera parecer una obviedad, y sorprenderá tal apreciación a cualquier lector que ahora nos sigue. Pero es que lo que ha tenido lugar en los últimos treinta años de gobiernos locales nacionalistas, bajo las siglas del PNV, ha sido una política de Acción Exterior que ha fomentado la estructuración de unos colectivos vascos fuera de la Comunidad Autónoma de Euskadi en clave exclusivamente nacionalista, como acabamos de indicar. Y la visión que se ha exportado desde Vitoria al resto del mundo y especialmente al continente americano es la de una Euskadi sustentada en los valores del nacionalismo aranista. Y que, como es bien sabido, no se corresponde con la realidad. Son muy conocidos los enfrentamientos político-institucionales de los Lehendakaris Ardanza e Ibarretxe con los embajadores españoles en América. Conflictos que a veces llegaban al esperpento pues las delegaciones vascas se negaban a estar en actos institucionales en los que apareciese la bandera española. Lo cual acarreaba, como puede imaginarse, notables desafueros con los anfitriones que prefiero no recordar. Insistimos, pues, en lo obvio, la Comunidad Autónoma de Euskadi es uno de los ámbitos geográficos y políticos más plurales del mundo occidental, tal y como puede advertir cualquiera que visite este magnífico territorio. O como se encargan de recordarnos todos los procesos electorales (los hechos son tozudos) y que traducen variadas y legítimas opciones políticas y de entender la convivencia diaria, además de variadas formas de aceptar nuestra relación con España, desde la búsqueda de la independencia con respecto a esta nación al deseo de otros ciudadanos de apuntalar la eterna permanencia de Euskadi en este país. Es por ello por lo que insisto en la idea según la cual los colectivos vascos en América también deberían mostrar esta pluralidad. Y algún día será así. Entonces, nosotros, los historiadores, realizaremos prolijos estudios pletóricos de pluralidad y en los que daremos a conocer otras realidades distintas a la tan fomentada visión nacionalista del mundo exterior de los vascos que es, simplemente, una entre las demás. Tengo fe en que esta circunstancia no tarde en llegar. Entonces lo que sucede en América con las colonias vascas será un firme reflejo de lo que acontece en nuestro solar. En ese momento habrá que realizar un nuevo y mucho más rico ensayo historiográfico. Y quizás entonces nos dediquemos a analizar, con sus aciertos y sus derrotas, lo que a mí me parece realmente importante, la contribución de los vascos a la modernización y progreso de las sociedades en las que se asentaron, así como la transmisión de valores universales de nuestra cultura, con la hospitalidad, el afán por el trabajo bien realizado, nuestro sentido de la equidad y justicia, el igualitarismo social de los vascos, nuestro carácter emprendedor, sin olvidarnos de los aportes científicos y tecnológicos hechos por nosotros o de la gran tarea mi-

<sup>9</sup> En un reciente libro que he publicado sobre violencia política y terrorismo de Estado en Argentina entre 1930 y 1983, aparecen numerosos y significativos apellidos vascos entre los personajes que configuraron el dogma fascista en aquel país austral.

<sup>10</sup> En *De América y los vascos*, pág. 300.

sional y religiosa de otro tiempo en favor de los derechos de los más débiles sin dejar de lado las contribuciones eclesiales a la consecución de ámbitos societarios más equitativos y más modernos en América desde perspectivas socioeconómicas. Las estadísticas oficiales hechas con rigor y estudios académicos serios avalan nuestra noble posición en estos ámbitos. No es cuestión de ahondar en ello. En verdad que no estaría de más que en el futuro se dedicasen algunos esfuerzos al estudio de esta contribución de los vascos al desarrollo socioeconómico de las sociedades de asentamiento en torno a estos y otros parámetros que los completan. Esta es, al menos, nuestra ilusión.

### III. Balance historiográfico

El primer trabajo sobre historiografía vascoamericana lo realizó el autor de esta ponencia, bajo el título “América o el Continente olvidado por la historiografía vasca”, fue publicado en Revista de Indias, Vol. XLIX, septiembre-diciembre 1989. En él se pone de manifiesto el tono anecdótico, patriótico, paternalista y melancólico que había caracterizado a la historiografía vasca hasta ese momento. Se diferencian tres periodos de las producciones historiográficas: I: 1933-1939; II: 1940-1975; III: 1975-1990. Se insiste, en este trabajo, en cómo la emigración era una temática (en aquella época) que no interesaba a los historiadores vascos frente a otras mucho más en boga como la industrialización del País Vasco, la historia del nacionalismo vasco, el fuerismo o la Iglesia local, por ejemplo. Hablo aquí también de la importancia que para el relanzamiento historiográfico vascoamericano iba a tener el evento del V Centenario (1992), la Comisión que crearía Eusko Jaurlaritza (Gobierno Vasco), América y los Vascos, la Fundación BBV que empezaba a destinar partidas a estas cuestiones que ahora nos ocupan o la celebración en 1987 del II Congreso Mundial Vasco donde hubo una sección dedicada al País Vasco y América.

El siguiente artículo, por orden cronológico, se lo debemos a Antonio Duplá, quien a pesar de haber tenido una incursión no prolongada en el tiempo en la temática y metodología sobre la que ahora tratamos, generó unos ensayos cuya calidad es verdaderamente interesante. Así, en Euskal Herria y América. Notas historiográficas<sup>11</sup> insiste en huir del triunfalismo que venía caracterizando a los escritores de etapas anteriores y marca un punto de reflexión necesario, creemos, al escapar de la mitificación del pasado histórico referido al Nuevo Mundo. Antonio Duplá incide en la necesidad de reescribir la historia frente a las versiones oficiales y conservadoras que tantas veces pasan de largo la sustentación vital de los pueblos indígenas. El autor, que no oculta su orientación política pues se autodefine como progresista y antiimperialista, corre el riesgo de bascular hacia el otro extremo de la creación científica, pero de lo que se trata, dice, es de realizar análisis historiográficos con carácter y naturaleza académica, y no preñados de orientaciones políticas de uno u otro signo. En su disertación, Duplá hace repaso

de lo producido por los cronistas de época moderna, como Sebastián Vizcaíno, Jerónimo de Mendieta, José de Arlegui, Pascual de Andagoya, Agustín de Zárate, Tomás Ortiz de Landázuri o Pedro de Munguía. Desde aquí estudia todo lo escrito hasta el franquismo y termina comentando la renovación historiográfica que se produce desde finales de la década de los sesenta hasta la de los ochenta, mientras subraya que la creación de la Universidad del País Vasco y la celebración del V Centenario iban a ser los factores de fomento de una nueva pléyade de trabajos de mayor rigor metodológico.

En 1993, cinco estudiantes de la Universidad de Deusto: Andoni Oyarzabal, Izaskun Andonegui, Jasone Arregi, Celestina Goitia y Pilar Sánchez publicaron un artículo titulado La historiografía sobre la emigración vasca a Ultramar: breves conclusiones<sup>12</sup> y en el que ofrecen, efectivamente y como indica el título del mismo, una aproximación a las obras existentes hasta aquella fecha y que los autores recogen con diligencia, acotando tanto la Edad Moderna como la Contemporánea. Realizan su analítica basándose en los enfoques que han caracterizado a los escritos sobre emigración vasca hacia América, por utilizar su propia expresión. Sobre el ciclópeo esfuerzo recopilatorio de bibliografía de Jon Bilbao<sup>13</sup>, y tras haber seleccionado cincuenta y dos referencias y haber confeccionado un cuestionario muestran los resultados finales de su pesquisa. De esta manera limitan, desde finales del siglo XIX hasta 1920, doce títulos en los que destaca el concepto de raza vasca. Entre 1920 y 1970 constatan trece entradas de los siglos XVI al XVII y en las que sobresalen los hombres ilustres aunque señalan la figura de Julio Caro Baroja como gran renovador de estas corrientes tradicionales, pues introduce en todos sus enfoques la importancia del ámbito social. De 1970 a 1993 los autores insisten en la pluralidad y variedad metodológica de la producción de ese periodo con obras sustentadas en contenido socioeconómico, y también demográfico, bajo un marco de mayor rigor científico, si bien los personajes clave de la historia siguen tratándose aquí, aunque bajo perspectivas más modernas.

El siguiente artículo que ahora incluimos es la relación bibliográfica, muy correcta según nuestro criterio, que realizaron, en 1998, Iñaki Aduriz, José Ángel Ascunce y José Ramón Zabala, titulada América y los vascos. Introducción y estudio bibliográfico<sup>14</sup>. La utilidad de este estudio nos parece totalmente nítida.

Una visión desde la perspectiva española la hallamos en Xosé Manuel Núñez Seixas, en “Historiografía española reciente sobre migraciones ultramarinas: un balance y algunas perspectivas”, en Estudios Migratorios Latinoamericanos, año 16, agosto 2001, nº 48, págs. 269-295. En palabras del mismo autor: “El artículo pretende llevar a cabo un diagnóstico de los progresos y lagunas detectables en la historiografía española sobre migraciones ultramarinas en la última década, centrándose particular-

<sup>11</sup> Duplá, Antonio, “Euskal Herria y América. Notas historiográficas” en Abya Yala, Amerindia por descubrir, Bilbao, IRES (Cuadernos de Formación, nº 15), 1991, págs. 73-89.

<sup>12</sup> Revista Mundaiz, nº 45, 1993, págs. 81-88.

<sup>13</sup> Toman como referencia el Diccionario Bibliográfico de la Enciclopedia General Ilustrada del País Vasco (Sección Bibliografía, tomo I).

<sup>14</sup> RIEV, 43-1, 1998, págs. 117-147.



mente en el periodo posterior a la conmemoración del V Centenario en 1992. Con ese objetivo, y encuadrando la producción historiográfica sobre estudios migratorios en el marco más amplio de la evolución reciente de la historiografía española, se pasa revista a los aportes de los diversos núcleos historiográficos regionales. Pese a que los “estudios migratorios” como tales no tienen una etiqueta identificativa en España, al contrario que en otros países, y aunque los estudios de síntesis y de ámbito español son todavía insatisfactorios, se destacan los avances que varias historiografías regionales están llevando a cabo, pese a que la dependencia teórico-metodológica de otras historiografías sigue siendo la norma“. De este mismo cate-drático de universidad nos resulta de interés “Emigración transoceánica de retorno e cambio social na península ibérica: algunas observaciones teóricas en perspectiva comparada”, en *Estudios Migratorios*, nos 11-12, 2001.

En 2002 vio la luz el ya citado original de José Miguel Aramburu Zudaire, *La emigración vasca a América en la Edad Moderna. Balance historiográfico*, cuya metodología creemos que es de una calidad patente. No sólo porque el autor realiza una exhaustiva relación de los libros y artículos que se han editado acerca de la emigración vasca hacia América en la Edad Moderna, sino porque introduce reflexiones serenas y bien articuladas sobre el pasado y el devenir de la historiografía vasca en esta materia. Sus trabajos, de los que luego hablaremos, avalan el rigor con que Aramburu Zudaire trata la salida de emigrantes vascos y navarros hacia el Nuevo Mundo entre los siglos XVI y XVIII. Este artículo fue completado por otro en 2005, aunque en este último remite al lector al antes citado en lo que concierne al análisis pormenorizado de los textos. Sin embargo, introduce dos epígrafes: “La historiografía peninsular en los últimos 20 años” y “La historiografía más reciente producida en América”, donde amplía lo ya visto en el primero de los textos referidos. Aunque quizá lo más importante de este último estudio sean las conclusiones que aporta, pletóricas de valoraciones, de avances, carencias y cuestiones problemáticas o discutidas a la vez que vuelve a señalar otras que, como él mismo indica sin pretender condicionar nada, son todavía “tareas pendientes y con ellas están las líneas de futuro o sugerencias de trabajo en este campo de investigación histórica, tal vez muy amplio, en el que, desde luego, aún queda mucho por hacer”<sup>15</sup>.

El profesor Aramburu Zudaire sustenta que, desde 1980, y especialmente desde la década de los noventa del siglo XX en adelante, se han abierto vías de análisis e investigación novedosas e importantes, gracias a la utilización de fuentes inéditas o no recogidas anteriormente. Coincido con él cuando sostiene que la historiografía española, como la vasca, han de trabajar cada vez más estrechamente entre sí y con aquella otra realizada fuera de España, especialmente en América. Dice: “Y es que queremos o no, por encima de particularismos o preferencias, la Historia de España y la Historia de América son

también la Historia del País Vasco y viceversa. Eso no obsta para que podamos reivindicar la existencia de un hecho vascoamericano y de un americanismo vasco o euskoamericanismo que, dentro de una común historia, más acentuada si cabe en la etapa colonial, remarque lo específico de las gentes de Vasconia en el devenir de sus relaciones con la realidad nueva de América”<sup>16</sup>.

No yerra en este análisis Aramburu Zudaire pues muchas veces los estudios sobre emigración vasca hacia América se han realizado desde el acotamiento puramente geográfico de, los llamados por el Gobierno Vasco, Territorios Históricos de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa, de la Comunidad Foral de Navarra o de las provincias francesas de Labourd, Zuberoa y Baja Navarra. Es más, hay poca historia migratoria comparada. Por otro lado, cuando el profesor Aramburu habla de utilización de fuentes, acierta, y quiero insistir aquí en algo que me parece obvio, y es que para estudiar de forma seria los ámbitos de emigración vasca y navarra hacia América creemos imprescindible bucear en los fondos archivísticos del País Vasco y del Viejo Reino y del resto de España y también de los países americanos de destino sobre los cuales orientamos nuestra investigación. Pues bien, y luego veremos algunos ejemplos, esto no siempre es así, limitándose algunos profesionales a cerrar sus análisis solamente con fuentes documentales españolas, preferentemente con las ubicadas en las actuales Comunidades Autónomas del País Vasco y Navarra.

Otro problema que plantea Aramburu es la dificultad de información y falta de contacto de los investigadores a ambos lados del Atlántico, al menos en términos absolutos. Sería preciso, por tanto, fomentar encuentros, seminarios, congresos con mayor frecuencia y en diferentes lugares, con el fin de subsanar o mejorar tal circunstancia. En este sentido, creo que faltan trabajos en equipos interdisciplinares pues la documentación en ambas vertientes marítimas es bien considerable. Termina su exposición diciendo que: “La historia social, con su imparable ascenso, y la de las mentalidades van encontrando su lugar, a veces aún impreciso como su definición, y están llamadas a ser las especialidades estrella de la nueva historiografía si aciertan con la metodología y logran una fundamentación teórica más sólida. He ahí, el éxito, por ejemplo, de la microhistoria, en auge creciente. La finalidad de todos estos trabajos es revelarnos esos otros aspectos de la vida cotidiana de los individuos y sus circunstancias, por ejemplo a través de la riquísima correspondencia epistolar, más o menos privada en estos siglos, que se va exhumando y publicando en varios trabajos; el papel de la familia, con su organización troncal y sistema de único heredero, y el de la comunidad local como motores principales del éxodo que imprimen carácter al hecho migratorio vasco; la condición social de partida y la tipología socioprofesional del emigrante, si es que se puede considerar como tal en muchos casos; las visiones de individuos y grupos o de la sociedad ante diferentes cuestiones (mentalidades), o el imaginario al que alude ya algún trabajo en relación a la conciencia de

<sup>15</sup> Aramburu Zudaire, José María, “América o los Vascos en la Edad Moderna. Una perspectiva histórica” en *Vasconia*, 34, 2005, pág. 2366.

<sup>16</sup> Aramburu Zudaire, José María, “América o los Vascos...”, pág. 268.

identidad colectiva, tan importante en el caso vasco, con sus redes de paisanaje o cadenas migratorias a lo largo de la Carrera de Indias; la religiosidad, tan definitoria de aquella época omniconfesional, con su expresión plural en muchas facetas de la vida como el asociacionismo (v. gr. Cofradías), cuyos fines van más allá de lo puramente religioso, o el tema siempre pendiente de las órdenes religiosas; el envío de remesas de dinero y la fundación de diversas obras pío-benéficas, algunas en América y sobre todo en los lugares de origen (sobresalen las capellanías, las rentas para dotar a jóvenes en edad de tomar estado o, en su caso, los pósitos de trigo, vitales en zonas agrarias de Navarra o Álava), o todo lo relativo al regreso del indiano, su acogida e inserción en la comunidad, profundizando más allá de la mera descripción en las repercusiones de todo tipo, incluida la percepción valorativa del fenómeno migratorio o la visión de América en las tierras de origen, etc., en una palabra, una reconstrucción prosopográfica integral<sup>17</sup>. Comenta de inmediato este autor que el camino recorrido es alentador y que el balance, sumando la producción científica y aquella otra de tonalidad más divulgativa, es positivo en general. Nosotros no podemos estar más de acuerdo.

Por otro lado, Claude Mehats, en su tesis de doctorado (formato manuscrito) titulada *L'emigration basque aux Amériques. XIX et XX siècles. Un état de la question*<sup>18</sup> incluye suculentas reflexiones desde una atalaya de científica serenidad.

En el año 2005, la Revista Vasconia [Eusko Ikaskuntza] publicó un monográfico que tituló "20 años de Historiografía Vasca: Revista Vasconia 1983-2003", y en el que, con mayor o menor fortuna, según los autores y el periodo analizado, se estudió, también con variado rigor según cada caso, la producción historiográfica vasca entre las fechas acotadas. En la introducción de este texto, el profesor de la UPV/EHU, Iñaki Bazán, narra cómo en la reunión ordinaria de la sección de Historia-Geografía de Eusko Ikaskuntza - Sociedad de Estudios Vascos (EI/SEV), celebrada en el Museo Vasco de Bilbao, el 9 de noviembre de 2002, propuso la realización de unas jornadas conmemorativas del vigésimo aniversario de la creación del Cuaderno de Sección de Historia-Geografía, hoy Vasconia. La propuesta fue aceptada y se creó un comité científico y organizador que materializó esta idea, cuyo fruto es el volumen monográfico que ahora comentamos y en el que se inscriben el artículo de Aramburu Zudaire del que acabamos de hablar y otro de Oscar Álvarez Gila, profesor de Historia de América de la Universidad del País Vasco que trataremos a continuación, que bautizó como De "América y los vascos" a la octava provincia: 20 años de historiografía sobre la emigración y presencia vasca en las Américas (siglos XIX y XX)<sup>19</sup>. El autor, cuyo curriculum puede verse en Internet por partida doble, fotografía incluida (Euskosare y Eusko Jaurilaritza-Presidencia) no puede decirse que no sea verdaderamente un buen conocedor de la materia que trata pues realmente no ha escrito prácticamente de otra cosa en su trayecto-

ria académica, con resultados variados, como analizaré más tarde, por cierto. El profesor Álvarez (Portugalete, 1966) y siguiendo en todo momento sus propias fuentes de trayectoria profesional, a través de lo publicado en la red telemática, y más en concreto en [http://www.euskosare.org/Euskosare-Euskomedia/Eusko\\_Ikaskuntza](http://www.euskosare.org/Euskosare-Euskomedia/Eusko_Ikaskuntza), incluye una autoría de siete libros, aparece como editor en ocho entradas, añade ochenta y una referencias en revistas y/o capítulos de libros, dos participaciones en comités de revistas científicas, una coordinación de número monográfico de revista científica, siete notas e informes, artículos de enciclopedias y materiales complementarios, nueve crónicas, veintidós reseñas, seis "otras publicaciones" y cinco "otras colaboraciones". En total, 143 trabajos sobre temática exclusiva vascoamericana; en unos casos netamente divulgativa o anecdótica y en otros de un alto aporte científico. Sorprende, no obstante, la capacidad creadora de este autor único pues semejante facilidad investigadora y narrativa es realmente difícil de encontrar en el mundo universitario español.

Empecemos por comentar el título del artículo que nos parece poco acertado, especialmente en lo que se refiere a "octava provincia", y que recuerda a la metáfora que hacen los gallegos del elevado número de éstos que se ubican en Buenos Aires. Creemos, pues, que sobra porque en términos absolutos el volumen migratorio vasco ni es de tamaño magnitud ni tiene esa connotación que se deja traslucir en el rótulo. Pero aún siendo esta cuestión menos relevante me fijaré ahora en algunas consideraciones que incluye el texto de Álvarez en las precisiones preliminares: "Si en algo coinciden los historiadores, a la hora de determinar las reglas mínimas que deben vertebrar su labor, es en la importancia que casi de modo unánime se otorga a la reflexión historiográfica, entendida ésta como el análisis del estado actual de la investigación en aquella parcela concreta del pasado en la que se ha de incidir, así como en elementos metodológicos y epistemológicos que se hallan detrás de todo el caudal de conocimientos acumulado. Nadie negará, por lo tanto, el interés que tiene para el conjunto de la historia profesional realizar de vez en cuando un alto en el camino, para echar la mirada atrás e intentar esbozar una recapitulación de los derroteros por los que ha transitado la historiografía, en este caso en el País Vasco, durante las últimas décadas, tal como se nos propone ahora, en ocasión de cumplirse los primeros veinte años de existencia del cuaderno de la sección Historia-Geografía de Eusko Ikaskuntza, actualmente denominado Vasconia"<sup>20</sup>. Palabras que recuerdan a estas otras de José Miguel Aramburu Zudaire: "La reflexión historiográfica no es tarea habitual de un historiador de oficio pero debería formar parte del oficio de historiador. En efecto, se puede afirmar que el historiógrafo es todavía poco usual en España, si bien su número ha crecido en los últimos veinte años en todas las áreas de la disciplina histórica"<sup>21</sup>.

Continúa insistiendo en la tendencia que se ha infiltrado (sic) en la producción historiográfica española "de vincular en demasía la marcha de la Historia como ciencia en

<sup>17</sup> Aramburu Zudaire, José María, "América o los Vascos...", pág. 273.

<sup>18</sup> Universidad de Burdeos, 2004.

<sup>19</sup> Revista Vasconia, 34, 2005, págs. 275-300.

<sup>20</sup> Álvarez Gila, Oscar, Art. Cit., pág. 276.

<sup>21</sup> Aramburu Zudaire, José María, "América o los Vascos...", pág. 13.

las llamadas -en lenguaje oficial- conmemoraciones oficiales”. Lo cierto es que resulta sorprendente esta aseveración, que no comparto, pues en mi opinión actuaciones institucionales de este tipo contribuyen al auge, fomento y reactivación de la producción historiográfica en cualquier ámbito determinado del conocimiento, y más aún en el campo de la Historia en general, donde -como sabemos todos los que nos dedicamos a la enseñanza universitaria- conseguir fondos para investigación es a veces una lucha de titanes. Ya he citado antes a Antonio Duplá y a José Miguel Aramburu, entre quienes piensan que la celebración del V Centenario del Descubrimiento de América, con todas las críticas que puedan hacerse, fue un hecho importante en sí mismo, un revulsivo para el fomento de la producción científica e historiográfica vascoamericana. Yo no tengo la menor duda al respecto. En las precisiones preliminares de su artículo, Oscar Álvarez dejaba bien claro sus objetivos: “Este trabajo pretende, por lo tanto, esbozar unas reflexiones genéricas, más o menos organizadas, sobre las líneas de investigación generadas en Euskal Herria sobre la historia de los vascos de Ultramar. No vamos a hacer, por lo tanto, un mero recuento de obras publicadas; para ello bastaría con remitirnos a las bibliografías sobre Historia Contemporánea del País Vasco, elaboradas desde 1987 por José Luis de la Granja y otros autores, que desde 1998 se han venido publicando en la propia revista *Vasconia*, y que han ampliado desde este último año su ámbito de localización y clasificación bibliográfica al resto de periodos de la historia vasca<sup>22</sup>. De hecho, desde este mismo año la recopilación también incluye de un modo estable y sistemático las referencias sobre la presencia vasca de Ultramar -reflejo evidente de la consistencia que están adquiriendo estos estudios-. Tampoco vamos a mostrar un elenco de historiadores, entre otras razones porque, como luego veremos, el índice de continuidad en esta temática ha sido y sigue siendo uno de los puntos más débiles de su desarrollo”. Palabras que están en consonancia con estas otras: “Creo que un balance no es un mero repertorio bibliográfico más o menos selecto, ordenado y criticado, aunque el disponer de ello es de gran ayuda como paso previo, sino que estamos más ante un trabajo más de ensayo creativo, de propuesta o de sugerencia, selección y elaboración personales [...] Es obligado advertir que he ceñido mi estudio principalmente a lo producido, porque es donde se ha editado el mayor número de publicaciones, y por este orden, en el País Vasco, resto del Estado español y Latinoamérica y la inmensa mayoría están en castellano (hay muy poco en euskera o francés). Con ello he pretendido analizar la evolución de las tendencias metodológicas, los enfoques, en su caso de las líneas de avance, etc., para así suscitar la reflexión y el debate”<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Se refiere según su propia cita a Granja Sainz, José Luis de la; Iñaki Bazán Díez (coords.); Santiago de Pablo Contreras; Oscar Álvarez Gila; Alberto Angulo Morales; Eliseo Gil Zubillaga; Carmelo Landa Montenegro (comp.); “Bibliografía General de Historia de Vasconia (1998). Euskal Herriko Historiaren Bibliografia Orokorra (1998)”, *Vasconia*, San Sebastián, 31 (2001), págs. 347-446.

<sup>23</sup> Aramburu Zudaire, José Miguel, *La emigración vasca a América...*, págs. 14-15.

Con carácter irónico tilda Álvarez Gila de “Biblia” (entre comillas) al libro considerado por la mayoría de los especialistas como el punto de arranque de la revolución historiográfica vascoamericana contemporánea. Me estoy refiriendo, claro está, a *Amerikanuak*. Los vascos en el Nuevo Mundo, que vio la luz por vez primera en su versión original inglesa en la Universidad de Nevada-Reno en 1975. Considera el profesor Álvarez que este texto está “claramente superado por el avance de los conocimientos”, aunque no especifica en qué puntos o aspectos, ni qué autor o autores han superado tan ampliamente este texto que a nosotros nos sigue pareciendo fundamental, (quizá se refiera a él mismo) especialmente en lo que atañe a la emigración vasca a Estados Unidos de Norteamérica. Puede que tenga razón Oscar Álvarez para el caso de la América hispano-portuguesa, aunque he de recordar aquí que este último no era el objetivo principal de los autores de este texto: William Douglass y Jon Bilbao. No obstante, hay una contradicción entre estas palabras y aquellas otras que pronunció en 1992: [El libro de Douglass y Bilbao] “supuso en su día (y aún lo es hoy en día) un punto de partida obligado en el estudio de todo lo referente a los vascos en Estados Unidos”<sup>24</sup>. Sin embargo, este ensayo sirvió -como sustenta Álvarez Gila- para presentar las posibilidades que ofrecían al historiador los estudios sobre las diferentes realidades de las colectividades vascoamericanas. La emigración pasaba así de ser un fenómeno meramente demográfico, para irse enriqueciendo con otras perspectivas de análisis, como la historia social, la económica, la política o la cultural, e incluso del aporte concurrente de ciencias sociales afines como la antropología, la sociología o la filología. Si bien sigue siendo mucho el camino por recorrer en el conocimiento cabal de las realidades históricas vascoamericanas, podemos afirmar, adelantándonos a las conclusiones, que uno de los grandes avances operados en estas dos décadas ha sido esta apertura del objetivo con el que la historiografía vasca se aproximaba a tan particular temática. Quizá se nos pueda achacar que pequemos de un optimismo no muy objetivo al hablar así. Sin embargo, de todos modos existe, entre quienes se hallan en este momento trabajando en los estudios vascoamericanos, el convencimiento de que es un campo con un futuro muy prometedor<sup>25</sup>.

La limitación espacial de su estudio la hace Álvarez sobre Euskal Herria (sic) como espacio de salida de las corrientes migratorias hacia Ultramar: “Hemos de precisar, igualmente, que tomamos en consideración la historiografía de todos los territorios que componen el espacio denominado en lengua vasca Euskal Herria, es decir, tanto la actual Comunidad Autónoma Vasca como la Comunidad Foral de Navarra, y la región vasca norpirenaica. No se trata ésta de una decisión, ni producto del azar, ni establecida por consideraciones apriorísticas -tales como que sea éste el ámbito natural de actuación de la propia Eusko Ikaskuntza, o el recurso al siempre tranquilizador concepto de autoridad-, o por otro tipo de consi-

<sup>24</sup> En *Revista Estudios Migratorios Latinoamericanos*, nº 22, 1992, pág. 7.

<sup>25</sup> Álvarez Gila, Oscar, *Art. Cit.*, pág. 277.



deraciones más propias del debate político que de la investigación histórica, sino que viene exigida por el propio objeto de estudio. Dado que el contexto sociopolítico en el que nos movemos convierte este punto en un terreno tan resbaladizo -dilucidar hasta dónde llega el concepto de "vasco", su semántica y sus connotaciones culturales, sociales y políticas-, creemos aquí necesario presentar una aclaración, ya que en este caso incide en uno de los elementos que se han ido destacando en el marco de los estudios sobre las "colectividades" vascoamericanas: el de su identidad<sup>26</sup>. Sigue Álvarez Gila la definición clásica de colectividad de la historiografía más general sobre migraciones cuando define como tal a un grupo de inmigrantes del mismo origen geográfico o nacional y con rasgos culturales comunes y que reside en un territorio ajeno al que ha nacido. El volumen de inmigrantes adopta conciencia de pertenencia a un grupo determinado y una estructuración institucional clara dentro y fuera de esa colectividad. Dice este profesor que son dos los rasgos que caracterizan la existencia de una colectividad, la ya referida agrupación de personas que han tomado la decisión de emigrar y su organización societaria que los representa a través de instituciones sociales regladas.

Aun estando de acuerdo con el grueso de esta afirmación, una reflexión que siempre he hecho cuando he visitado los centros vascos y navarros en la América hispana es qué pasa con esa otra enorme masa de emigrantes, muchas veces más importante de la que está representada en esas instituciones de confraternización y que suele ser ajena a toda reunión y asociacionismo formal. Es más, suelen llevar una vida totalmente ajena al acontecer de estos centros vascos, centros que suelen estar caracterizados por su carácter lánguido, melancólico, decadente y pletórico de politización, de orientación nacionalista en la práctica totalidad de los casos. Lo que hace que por desidia o total falta de interés en el colectivo de connaturales, por alergia a las organizaciones jerárquicas o porque algunos emigrantes repudian el nacionalismo sabiniiano, una parte significativa de los colectivos de inmigrantes escapan a nuestro estudio. Sin embargo, se tiende a creer muchas veces [yo caí en esta trampa<sup>27</sup>] que en los centros y agrupaciones de inmigrantes vascos está la pura esencia del fenómeno migratorio y sus circunstancias. Y esto está lejos de la realidad, aún reconociendo la importancia significativa que tienen estas fórmulas de reunión que, por otro lado, mantienen vivos los tarros de las esencias culturales de origen. Y también tienden un nexo bien fuerte a las subvenciones que tradicionalmente otorga el Gobierno Vasco en cada ejercicio

presupuestario. Tomemos un caso ejemplar que viene de la mano de William A. Douglass y Jon Bilbao:

Los vascos se asentaron en los Estados Unidos individualmente o bien en grupos relativamente pequeños y la mayor parte de ellos se dedicaron al pastoreo de las ovejas. Esta ocupación, por su propia naturaleza, impidió la concentración de los vascos por lo cual no se pudieron convertir en el grupo étnico mayor en parte alguna. El aislamiento propio de la actividad pastoril mantuvo a los vascos en una situación de relativo desconocimiento por parte de la mayoría de la población americana.<sup>28</sup>

¿Qué sucede con esos colectivos al margen de la "oficialidad" de grupo? ¿Por qué escapan de nuestro estudio? Personalmente comprobé, en la segunda mitad de la década de los noventa del pasado siglo, cuando organicé varios seminarios en Argentina, Uruguay y Chile sobre inmigración y cultura vasca en aquellos países, y que financiaba el Departamento de Acción Exterior del Gobierno Vasco (Presidencia), esta realidad, pues a tales eventos académicos se acercaban profesores, estudiosos, eruditos o simplemente interesados con vinculación al ámbito vasco que estaban totalmente fuera de los círculos asociativos tradicionales y de los que, por cierto, vertían duras críticas de sectarismo en no pocas ocasiones. Toda una pléyade de vascos de militancia política en el comunismo, el socialismo o en la derecha católica no aranista no suelen formar parte del paisaje humano de estos centros vascos en Iberoamérica. A los que tampoco acuden, por cierto, quienes no hacen de la militancia política su forma cotidiana de vida. Simplemente luchan por abrirse un lugar de cómoda existencia en la sociedad receptora y huyen de unos centros vascos donde confluye la rancia nostalgia de una Euskadi bucólica y pastoril, junto con el desprecio a España como estandartes identitarios transmitidos por el nacionalismo en sus dos vertientes habituales: la democristiana del PNV y la marxista de Herri Batasuna y sus derivados. Esto que decimos enlaza con las investigaciones de Marcela García Sebastiani y que indican que tan sólo el 15% de los españoles del censo de 1914 en Argentina, estaba inscrito a asociaciones mutualistas y, por tanto, de elevada utilidad para el sostenimiento de su vida saludable. Imagínese el nivel de afiliación a centros de recreo o culturalistas, o incluso patrióticos si se prefiere, en los que el mantenimiento de la salud no es primacial.

Desde esta perspectiva estoy totalmente en desacuerdo con la afirmación que hace Álvarez Gila cuando manifiesta: "Sin caer en interpretaciones simplistas o tautológicas, y reconociendo que en modo alguno este proceso fue unívoco o uniformador, resulta innegable que en Argentina, Cuba, Uruguay o Estados Unidos se produjo, antes o después, una unificación identitaria de la colectividad vasca. Y esto, qué duda cabe, condiciona el modo en que el investigador debe encarar el entramado de explicaciones históricas sobre las que se sustentó la formación de estas colectividades"<sup>29</sup>. Creo sinceramente que este fenómeno no ha tenido lugar excepto en el interior

<sup>26</sup> En este punto cita a Totoricagüena, Gloria, *Diáspora vasca comparada: Etnicidad, cultura y política en las colectividades vascas del exterior*, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2003.

<sup>27</sup> Y es que no es difícil entrar en ese espacio porque a priori parecía que en los centros vascos en el exterior está la representación viva de todo el colectivo de emigrantes. Sin embargo y al igual que la sociedad vasca aquí es plural en su composición social y afanes políticos, también lo es allí. Y sucede que da la impresión que la homogeneidad nacionalista del colectivo debe trasladarse a la homogeneidad y totalidad del grupo migratorio que, por añadidura, está allí representado en su totalidad. Pura ficción. Los centros vascos en Iberoamérica sólo recogen a una parte del cuerpo social migratorio y la pluralidad de la que hablamos nunca se da. Doy fe de ello en Argentina, Uruguay, Chile, México, Venezuela y EE.UU.

<sup>28</sup> En *Amerikanuak*, pág. 29.

<sup>29</sup> Art. Cit., pág. 280.

de los centros vascos donde hay prietas filas en torno al dogma nacionalista ortodoxo, como acabamos de ver, en ocasiones tan ortodoxo que siguen hablando sus asociados de “raza vasca”. Es más, en muchas ocasiones no sólo no hay “unificación identitaria”, por utilizar la propia expresión de Oscar Álvarez, sino que el concepto de identidad se limita a portar uno o más apellidos vascos y a tener una ligera referencia de dónde ubicar la Comunidad Autónoma Vasca, la Comunidad Foral de Navarra o el Departamento francés de los Pirineos Atlánticos. Sin olvidarnos, claro está, de todos esos inmigrantes que no renuncian a sentirse españoles y reniegan del nacionalismo imperante en estos ámbitos ultramarinos. No puedo, por tanto, sustentar la expresión que incluyo ahora con paternidad del mismo autor: “De hecho, posiblemente no exista otro fenómeno en la historia contemporánea de Euskal Herria, a excepción de la religiosidad, que haga más necesario un análisis que tome en consideración la totalidad de Euskal Herria. Una cabal comprensión de los fenómenos que condicionaron la formación y el desarrollo histórico de dichas colectividades exige al historiador adoptar una imagen completa y compleja del País Vasco. En todos los países americanos que recibieron inmigrantes vascos en los siglos XIX y XX, indefectiblemente se ha acabado por constituir unas particulares identidades vascoamericanas en las que se integraron inmigrantes procedentes de todos los territorios vascos, tanto españoles como franceses”<sup>30</sup>.

En verdad, creo que no hay nada más lejos de la realidad. Porque más allá de estos “excluidos” de las agrupaciones institucionales, los centros navarros han tenido expresión propia y los vascofranceses han deambulado por su cuenta como es bien sabido. Creo, honradamente, que esta rotunda afirmación tiene como base la homogeneidad identitaria de los centros vascoespañoles donde esta tesis es totalmente sustentable. No sucede así con los centros navarros y no hay más que recordar aquí la trayectoria del centro navarro de Buenos Aires o del Centro Euskaro-Español de Montevideo, que distan sobremanera de esta idílica pintura identitaria que acabamos de leer. Y otro tanto sucede con los centros vascofranceses donde sus asociados, además de tener a gala suprema el origen francés (y vasco) de sus apellidos, se sienten más franceses que vascos en muchas ocasiones, o reúnen su identidad por mitades iguales. En fin, no voy a extenderme con algo que he visto con tanta nitidez cuando hice mi tesis doctoral, y en cuantas ocasiones visité Iberoamérica, porque no es el objeto de este trabajo. Un último ejemplo, muchos de los navarros de primera generación migratoria que entrevisté en el verano austral de 1989, insistían en sentirse sólo navarros y españoles y nunca vascos, y los vascofranceses primero franceses y luego vascos. Por el contrario, el sentimiento mayoritario de identidad en los centros vascoespañoles era de vasquidad y de rechazo a la españolidad. Por ello creo que puede resultar más útil para los estudiosos del asociacionismo vasco en América -que obligatoriamente han de visitar estos puntos de reunión y asociación- tener presente que cuando los analicen estarán consignando lo

que sucede en una parte de la colectividad, la nacionalista. Siempre sin perder de vista las diferencias regionales ahora reseñadas. A lo mejor no estaría de más estudiar a estos emigrantes ubicados fuera del reglado asociacionismo. Doy fe de que he conocido a un buen número de ellos.

El profesor Álvarez Gila sólo recoge en su trabajo la historiografía producida en el propio espacio vascoeuropeo, aunque no olvida, dice, hacer menciones al desarrollo paralelo de estudios sobre esta cuestión en cada uno de los países americanos que acogieron la inmigración contemporánea vasca. Y justifica, de esta manera sorprendente, el poco interés suscitado en la historiografía vasca por el tema migratorio. Cree Álvarez que: “No puede pretender el historiador vivir aislado en su torre de marfil, ajeno a los intereses e interrogantes de una sociedad que busca en la Historia respuestas a cuestiones acuciantes del presente. En un ambiente marcado por la crisis del modelo industrial, la secularización acelerada de la sociedad y el debate político en torno a la cuestión nacional y su plasmación institucional, no puede extrañarnos la preponderancia de temas como las guerras carlistas, cómo se desarrolló nuestra industria, en qué consistió el movimiento obrero, la evolución del nacionalismo vasco, qué papel ha jugado el liberalismo o la Iglesia en nuestra sociedad, amén del interés que siempre ha despertado el estudio de los Fueros o el análisis antropológico vasco”<sup>31</sup>. Como si el objeto de estudio del historiador profesional debiera estar sometido a los intereses e interrogantes que busca en los estudios históricos respuesta a temas y preocupaciones del presente. No considero que, en términos generales, la historiografía y la producción historiográfica deambule por estos derroteros. Es más, creo que en numerosísimas ocasiones (en algunas no) sucede más bien todo lo contrario. Los estudios que realizan los profesionales de la Historia se alejan sin prejuicio alguno de las preocupaciones del presente y lejos de ser respuesta a tales preocupaciones satisfacen los propios y legítimos intereses científicos del propio historiador. Sin más.

Es persistente Álvarez en la idea según la cual la moda historiográfica del vascoamericanismo, impulsada por la conmemoración del V Centenario y otros eventos importantes, generó un torrente de estudiosos, de los cuales “los más afortunados pasaron por una fase “americanista” con la publicación de algún libro o artículo”, otros muchos -dice- “acabarían por desaparecer sin dejar rastro en el estrecho mundo de la producción historiográfica vasca”. Sin embargo, resalta de forma apologética a aquellos que han seguido, de una manera más o menos continua, en la materia. A saber: él mismo, claro, Marcelino Iriani, Alberto Angulo, José Miguel Aramburu, Urko Apaolaza, Mateo Manfredi, Argutxu Camus-Etcheopar o Yumi Nagas (de estos últimos dice que se han incorporado recientemente). También incluye en el grupo de los elegidos a José Ángel Ascunce y Ángel Apaolaza, de la Universidad de Deusto y que estudian la litera-

<sup>30</sup> Álvarez Gila, Oscar, *Art. Cit.*, pág. 280.

<sup>31</sup> En referencia a Azcona Pastor, José Manuel, *Los paraísos posibles. Historia de la emigración vasca a Argentina y Uruguay en el siglo XIX*. Bilbao, Universidad de Deusto, 1992, pág. 19.

tura vasca del exilio de 1936 a 1939 o a quienes desde la Universidad de Pau o la Facultad Interdisciplinar de Bayona trabajan sobre emigración vasca: Adrián Blázquez, Michel Papy o Arianne Brunetton-Governatori. A todos ellos llama, en otro apartado, “sus colaboradores”, lo cual es un inexplicable ejercicio de autocomplacencia, más propio de resumen biográfico de solapa de libro. Resulta, pues, antológico el comentario al ponerse Álvarez Gila a sí mismo como abanderado de la investigación académica y científica vascoamericana. Así, de un plumazo, el profesor Álvarez desprecia a aquellos profesionales que han trabajado cuestiones inherentes al vascoamericanismo en un momento concreto (o en varios) de su vida académica y que, según la creencia de Álvarez, se ha podido deber a razones crematísticas o de oportunidad académica. Me resulta una argumentación que resuena casi a escándalo, claro que en la discrepancia avanza la ciencia. Y quienes conocemos, desde nuestra humilde contribución académica, la forja del vascoamericanismo, sabemos que respetando el trabajo de los académicos citados (no es nuestro estilo la crítica destructiva) faltan muchos que hicieron y hacen aportaciones supuestamente “coyunturales” y que tienen, según nuestro entender, espacio propio en este cómputo de la historiografía vasca mientras que algunos de los citados son “ilustres” desconocidos. No tardaré mucho en hablar de esto. Todo ello bajo la presunción, por otro lado muy discutible, del anclaje obligatorio de los historiadores a una única, monotemática y eterna línea de investigación científica, eso sí, bajo interminables enfoques caleidoscópicos que pueden llevar a la senda peligrosa de la repetición permanente o al exceso de localismo de dudoso interés científico. Por otro lado, el asunto del supuesto interés crematístico de algunos autores por el estudio de cuestiones inherentes al vascoamericanismo, no deja de asombrarnos, sobre todo porque Álvarez Gila es maestro en la obtención de recursos crematísticos del Gobierno vasco nacionalista, de ámbito ministerial y de la Unión Europea con volúmenes, en ocasiones, de bandera. Y que conste que no lo decimos con ánimo de criticar, sino destacando la habilidad (encomiable) de este profesor que luego critica a otros.

Sí, en cambio, creo que Álvarez Gila acierta cuando mantiene que el retraso que ha presentado la historiografía vascoamericanista, en relación con los planteamientos metodológicos o la temática que ha tenido lugar en otros centros prestigiosos de investigación, ha sido notable. Así: “La falta de una adecuada perspectiva comparada, o simplemente de un conocimiento más amplio de la principal bibliografía de referencia, ha traído consigo que en el País Vasco los debates sobre cuestiones en torno a los fenómenos migratorios hayan llegado tarde, por lo general cuando en otros lugares ya se estaban superando. Y no me estoy refiriendo aquí solamente a los que se reconocen como centros punteros de producción historiográfica sobre la cuestión, principalmente Estados Unidos, Argentina e Italia, sino incluso desde una perspectiva más doméstica o cercana, en otras regiones de nuestro mismo entorno geográfico, que participaron junto con el País Vasco en un mismo impulso demográfico que abar-

có las regiones del arco cantábrico desde el norte de Portugal hasta la región de Midi-Pyrénées en Francia. Apenas contamos en Euskal Herria, por ejemplo, una historiografía que pueda equipararse, en amplitud temática, diversidad de análisis y profusión de investigaciones, a la que actualmente se hace en Galicia sobre sus propias emigraciones”<sup>32</sup>.

Álvarez Gila cuestiona en su trabajo, con ironía cáustica, las aplicaciones causales que la práctica totalidad de los estudiosos de la emigración han realizado para intentar explicar las razones y fundamentos de la emigración vasca hacia América. Y ataca las causas demográficas y macroeconómicas como factores de expulsión de los emigrantes. Así, las crisis, las plagas, las guerras, la pobreza de la tierra, la climatología adversa, dice que se han generalizado para el País Vasco (español y francés) pero que no son arquetipos de nuestro territorio (incluimos a Navarra, recuérdese). Y escribe, por poner un ejemplo: “Douglass y Bilbao, entre otros, ligaban a estos factores lo que entendían como desprecio u horror de los campesinos (baserrikoak) ante la vida en las ciudades (kalekoak), factor que si bien pudiera ser aceptable en la emigración a Estados Unidos, no puede admitirse para otros casos como los de Uruguay, Argentina, Cuba o México, donde fueron amplia mayoría los vascos que acabaron en oficios y destinos plenamente urbanos”<sup>33</sup>.

Es bien cierto lo que dice, pero también en Argentina, Uruguay, Cuba o México hubo vascos y navarros en número significativo que siguieron a rajatabla esa aversión urbanita buscando refugio en los ámbitos agrarios de esos países, tal y como yo comprobé con el caso de Río de la Plata, donde muchos vascos y navarros se afanaban en poseer tierras propias que poder trasladar después, vía herencia, a sus hijos. Hecho éste del que los inmigrantes no habían podido disfrutar en España o Francia, por cierto. Debemos matizar, pues, e hilar fino cuando tratamos de los procesos migratorios, por lo que me sumo a esta afirmación de Álvarez Gila que incluimos ahora: “Una posible causa de las contradicciones que, incluso, se encuentran en estas interpretaciones tradicionales, puede hallarse en la propia caracterización del fenómeno migratorio, porque los historiadores tenemos a veces esa tendencia a simplificar en exceso una realidad de por sí compleja, con resultados que nos alejan de su comprensión. De hecho, más que de “emigración vasca”, lo correcto sería hablar de “emigraciones vascas”, o incluso de “procesos migratorios vascos”, en un intento de análisis omnicomprendivo de fenómenos que son dos caras de una misma moneda, y han de entenderse en su relación dialéctico-complementaria: las emigraciones e inmigraciones que, de forma coetánea, está viviendo el País Vasco. Y hemos de tener en cuenta la escala, ya que estamos hablando de un territorio en el que, en apenas 100 kiló-

<sup>32</sup> Álvarez Gila, Oscar, Art. Cit., pág. 257. Se hace eco del trabajo de Núñez Seixas, Xose-Manuel, *Emigración de retorno y cambio social en la Península Ibérica. Algunas observaciones teóricas en perspectiva comparada*, Migraciones&Exilios, Madrid, 1, 2000. Ídem, *Historiografía española reciente sobre migraciones ultramarinas: un balance y algunas perspectivas*, Estudios Migratorios Latinoamericanos, Buenos Aires, 48, 2001.

<sup>33</sup> Álvarez Gila, Oscar, Art. Cit., pág. 288.



metros, podemos transitar por tres lenguas diferentes, cuatro regímenes hereditarios, seis alternancias de espacio urbano-rural y otros tantos comportamientos migratorios divergentes y, a veces, aparentemente desconectados entre sí. El término “migración” es demasiado genérico, y en él se engloban, desde la “selecta” corriente de campesinos de mediana posición de las Encartaciones de Vizcaya o el valle alavés de Ayala que van al comercio a Madrid, San Juan de Puerto Rico, La Habana o México, a los traslados “masivos” de familias de la Guipúzcoa media a Argentina desde mediados del siglo XIX, pasando por la emigración puntual de pastores del oriente vizcaino y del norte euskaldún de Navarra que permanecían más de medio año solos con varios miles de ovejas en un desierto perdido de Nevada o Idaho, o las cadenas migratorias que vinculaban a campesinos baztaneses con empresas mexicanas de la industria harinera y panadera. En todos estos casos, además de los destinos, son diferentes la cualificación del emigrante antes de la partida, su origen social, su porcentaje respecto a la población de origen, los “oficios” a los que se dedicaban preferentemente en América, el nivel de “éxito” obtenido, e incluso la antigüedad del establecimiento de la “tradición migratoria” con aquellos territorios y su índice de variabilidad. Englobar hechos tan dispares en el mismo saco, sólo por coincidir todos en ser traslados de población, a veces parece convertirse, salvando las distancias, como si hiciéramos una historia tomando como categorías el color del pelo o el hecho de ser zurdo o diestro”<sup>34</sup>.

Álvarez Gila está también obsesionado, al igual que dos de sus colaboradores permanentes -como él los define- Juan Carlos Luzuriaga y Marcelino Iriani, en negar la importancia de los “ganchos” o agentes enganchadores como uno de los principales factores de salida de vascos hacia Iberoamérica. De atención desmesurada (sic) tilda Álvarez el espacio que se ha dedicado a esta casuística, al tiempo que “claramente desenfocada”, expresión esta última que pone de manifiesto, una vez más, el alto concepto que de sus propias aseveraciones tiene Álvarez Gila. Porque salvo él y los autores citados, uno uruguayo y otro argentino, nadie duda a la hora de acotar la influencia de los ganchos como decisiva para entender la salida de vascos hacia el continente americano. Entiéndase, además, que la tesis doctoral de Álvarez Gila, a la que titula *Euskal Herria y el aporte europeo a la iglesia en el Río de la Plata*, y de la que luego hablaremos, versa sobre emigración de religiosos y cuya metodología y condiciones se alejan de las tipologías migratorias al uso. Pero no se trata de una nueva discrepancia científica, siempre rica para el avance de cualquier investigación, sino de una crítica racional a los planteamientos que hace Álvarez Gila y por añadidura Luzuriaga e Iriani. El primero insiste en que en el seguimiento a los ganchos los vascos no han tenido un comportamiento original, pues, efectivamente, enganchadores hubo en toda España y en todo el ámbito europeo donde se desarrolló emigración de importancia. Además, continúa insistiendo, en que quienes criticaban a los ganchos eran autoridades públicas, funcionarios o miembros de la Iglesia, y lo dice de forma

sorprendida, cuando a nosotros nos parece bien clara esta cuestión pues estas autoridades, estos funcionarios y aquellos sacerdotes velaban por la integridad de sus gobernados o de su clientela espiritual. El resumen de esta línea de interpretación está en estas palabras del todo reveladoras e ilustrativas que se incluyen en el artículo citado antes:

Esto nos lleva, cambiando de tema, a otro de los elementos legados por el debate de los ensayistas decimonónicos, dentro de todo este complejo de “causas de la emigración”, que ha gozado de un especial favor por parte de los historiadores posteriores. La figura de los agentes de emigración, los “ganchos” o “enganchadores” -también aparecen en el bersolarismo en euskera figuras poéticas como “uso marxantak” o “mercaderes de palomas”-, han sido así objeto de una atención desmesurada al tiempo que claramente desenfocada. Estamos ante uno de los ejemplos más claros de ese condicionamiento de la tradición que ha seguido atenazando a los historiadores, y de la que aún estamos por escapar. Los agentes de emigración -el uso historiográfico del nombre de “ganchos” ya revela una falta de objetividad previa, muy significativa-, ejercieron en su momento el papel de cabezas de turco de todos aquellos sectores desfavorables a la emigración. No en vano, hemos de recordar, quienes producen la mayor parte de la publicística emigracionista del XIX -más bien antiemigracionista, habría que decir- son por lo general funcionarios, o personas ligadas de un modo u otro a la administración, así como a la Iglesia. Tampoco en esto puede decirse que los vascos se hayan comportado de un modo peculiar, porque en general estas mismas críticas, con contenidos similares, se aprecian en toda la Europa migratoria, en mayor o menor escala.<sup>35</sup>

Esta pasión de negar la conjura de los ganchos ya la viene sosteniendo Álvarez desde, al menos, 1992, con una selección de argumentos para cuya realización se ha olvidado de todo planteamiento metodológico. Porque, en verdad, y más allá de esta “argumentación” aparentemente academicista que acabamos de leer, no nos dice porqué no hemos de hacer caso al clamor institucional en contra de los enganchadores, clamor que es general en todas las sociedades occidentales y que ha mantenido solución de continuidad hasta los tiempos actuales, y que aparece también en otros estudios de emigraciones europeas contemporáneas<sup>36</sup>. Esta mala impresión se acentúa cuando la práctica totalidad de los estudiosos de ayer y de hoy ven en estos siniestros personajes una razón fundamental de cualquier éxodo humano de carácter internacional. Creemos que Álvarez Gila manifiesta en esta observación un profundo desconocimiento de la cuestión que viene a criticar, y que es debido a la falta de familiaridad y consulta de fuentes específicas al respecto. Basta con estudiar la prensa decimonónica con cierta meticulosidad para ver la dimensión de la fenomenología de los ganchos en la tradición migratoria vasca. A medida que avancemos en este estudio, veremos de forma resumida a los estudiosos que han incluido a los enganchadores como factor de expulsión. Nos referimos,

<sup>35</sup> Cfr. Misma fuente. Oscar Álvarez Gila, Art. cit., pág. 292.

<sup>36</sup> Empezando por el trabajo pionero y ya clásico.

<sup>34</sup> Álvarez Gila, Oscar, Art. Cit., pág. 290.

claro está, a investigadores de la emigración, no del apostolado católico en América. Álvarez, por su parte, nos da la siguiente sorprendente y rocambolesca explicación: "Precisamente en este punto es donde encontramos una de las más claras y consolidadas alianzas entre Trono y Altar en el contexto vasco del siglo XIX, cuando ambos poderes hacen una alianza estratégica sumamente interesante: al primero parecen interesarle cuestiones como la economía, desde una visión poblacionista clásica -a más población, más rico y poderoso es el Estado-; la segunda, además de su interés por retener el favor estatal que le lleva a secundar las iniciativas de los gobernadores en este terreno con un sentido del deber muy elevado -lectura de las circulares antiemigratorias, asunción de la necesidad de adoctrinar contra la emigración desde el púlpito- añada causas de su cosecha, tales como el peligro de la pérdida de integridad moral de los emigrantes, y sobre todo el de la pérdida de su fe, lugar común en toda la literatura eclesial del momento, que bien merecería un estudio global de sus contenidos y estrategias"<sup>37</sup>.

Sí, en cambio, coincido con este profesor en el momento en el que sustenta que la teoría atávica de la emigración es baladí. Suscribo que el primero en formularla fue, en 1857, Francisque Xavier Michel en *Le Pays Basque*, y creo también que su mayor difusor fue Pierre Lhande, quien hizo ligar el carácter vasco a la emigración hacia otros lugares de España y resto del mundo, especialmente hacia América. Me inclino a pensar en el destino histórico migratorio vasco no como si de un designio propio se tratara, sino de la existencia de una tradición migratoria local y de la persistencia de microsociedades en las que la salida hacia América era de uso continuado.

En el libro monográfico XXV años de historiografía hispana (1980-2004) y cuyos editores son José Antonio Munita Loinaz y José Ramón Díaz de Durana, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2007, Oscar Álvarez Gila vuelve a tratar el vascoamericanismo con el sugerente título: "Americanismo en el País Vasco. ¿El imposible vencido?". Y donde se hace eco de lo ya escrito por Ronald Escobedo en 1990 acerca del exceso de localismo o particularismo exagerado a la hora de tratar cuestiones vinculadas con el Nuevo Mundo que dificultan un análisis más global. O que pueden, incluso, desvirtuar éste. Me parece muy acertado el discurso de Álvarez Gila en este sentido, cuando sustenta que ciertamente este peligro está presente en toda investigación que se centra en una temática tan proclive a caer en un excesivo localismo, en la autocomplacencia de unas investigaciones pobres, alejadas del contraste de los avances, evolución y debates de otras historiografías, próximas o distantes en lo geográfico pero afines en lo temático y epistemológico<sup>38</sup>. Creo que acierta en el análisis pues éste no es un problema sólo de la producción académica en el País Vasco sino del conjunto de todas las migraciones españolas hacia América, con mayor o menor gradiente de localismo.

#### IV. Enfoques variados

Todas aquellas personas que se dedican a las cuestiones que aquí tratamos, saben que no disponen de un ámbito metodológico propio y universalmente aceptado. Creo que esta circunstancia se puede intuir en las páginas que anteceden a este epígrafe. Es por ello por lo que nos ha parecido prudente introducir ahora, al menos de forma resumida, algunas consideraciones sobre la teorización en la que se mueven los trabajos sobre migraciones en general y sobre aquellas otras de carácter internacional<sup>39</sup>.

Las primeras elucubraciones con matiz cientifista, aparecieron al calor de la ambientación positivista de finales del siglo XIX. Su estela llegó hasta la mitad del siglo XX y se sustentó en modelos macroanalíticos y macroestructurales. En el origen de estos modelos se percibe un más que notable ascendiente de las teorías económicas, entonces en vigor, que pretendían explicar los comportamientos económicos del mundo de forma absolutamente racional y bajo parámetros metodológicos extraídos de las ciencias exactas. En lo que a la emigración le toca, ésta se explica como consecuencia de las notables diferencias de estructura económica entre las zonas de expulsión y aquellas otras de recepción de tales flujos migratorios. Resulta obvio pensar que los protagonistas de la diáspora partían de las zonas más pobres hacia las más favorecidas por el destino y también del campo a la ciudad.

F. G. Ravenstein es el primero en formular (y el más preciso) este modelo explicativo de los factores de atracción y expulsión (pull and push factors). Este autor estableció un cuadro en el que destacaremos sus conocidas doce leyes de las migraciones establecidas en 1885 como primer arquetipo reglado y general que pretende explicar, de forma absoluta, el porqué de los procesos migratorios mundiales. Ravenstein afirma que las causas económicas son las principales razones del éxodo de personas de un punto a otro de la tierra. Hay más: el propio sistema capitalista y su modelo laboral con fluctuantes periodos coyunturales de alza y caída y crisis de la economía lo explican casi todo. Por tales razones, las migraciones más importantes se producen desde las zonas rurales a las industriales porque los emigrantes desean siempre la mejora absoluta de su destino personal y familiar. En este esquema, sustenta Ravenstein, predominan, siempre que sea posible, los desplazamientos de corta distancia y en la medida que el desarrollo industrial es mayor se produce la aceleración de la diáspora. Siguieron, con mayor o menor fortuna, estos axiomas considerados durante décadas como irrefutables: A. F. Weber, A. Redford, H. Jerome, W. I. Thomas y F. Znaniecki. O. D. Duncan y S. A. Staonffer, quien pretendió ahondar en el carácter científico de las tesis de Ravenstein creando un modelo de oportunidades, según el cual los desplazamientos migratorios son directamente proporcionales al número de oportunidades existentes. En esta misma línea interpretativa y ya en la década de los años cuarenta del siglo XX,

<sup>37</sup> Álvarez Gila, Oscar, Art. Cit., pág. 293.

<sup>38</sup> Art. Cit., pág. 273.

<sup>39</sup> Véase a este respecto el capítulo 1 del interesante trabajo de Rocío García Abad, *Historias de emigración. Factores de expulsión y selección de capital humano de la emigración de la Ría de Bilbao*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2005.

hemos de ubicar a D. Thomas y G. K. Zipf. Este último propone una ley de la distancia inversa, según la cual el volumen de los emigrantes entre dos sitios es inversamente proporcional a la distancia entre esos dos puntos. También hay que citar a J. Q. Stewart, D. J. Boque, E. Lee y M. M. Hagood y Zelinsky quien estableció cinco etapas históricas en los flujos migratorios. Coincidió en el análisis global de este enfoque macroeconómico con Rocío García Abad, cuyas palabras traslado aquí:

Destaca E. Lee (1966), que tomando a E. G. Ravenstein como punto de partida, estableció su propia “teoría”, basada en un conjunto de dieciocho hipótesis que completan el marco explicativo de las migraciones de los “pull and push factors” con la existencia de obstáculos intermedios (como pueden ser, la distancia, las barreras físicas, los medios de comunicación y transporte o las cargas familiares), la existencia de corriente y de contracorriente, y de factores personales como la percepción, la inteligencia, los contactos personales o la información. Son muchos los autores que han recogido esta tradición teórica, cuya relación en este apartado resultaría tediosa, y muchos los trabajos sobre migraciones en los que encontramos el análisis de factores de atracción y de expulsión. Sigue siendo un modelo explicativo utilizado en la actualidad, incluso para abordar los fenómenos migratorios actuales producidos desde el Tercer Mundo, si bien, con muchas deficiencias. Este modelo muestra importantes limitaciones, que fueron la causa de la renovación teórica posterior. El modelo “pull and push” posee una excesiva simpleza y la complejidad del fenómeno migratorio es difícilmente esquematizable en su modelo explicativo y reducible a factores económicos. Las migraciones no pueden explicarse suficientemente mediante el funcionamiento del mercado de trabajo y las diferencias de ingresos y de ganancias esperadas, sino que hay más factores en relación. Estas teorías además de no ser capaces de abordar suficientemente el análisis del complejo fenómeno migratorio, no alcanzan a explicar el porqué del comportamiento diferenciado, ni las dinámicas locales, ni el proceso de selección y toma de decisión de los emigrantes.<sup>40</sup>

Todos estos modelos de marcado carácter económico fueron revisados en la década de los setenta del siglo XX dentro del contexto general de revisionismo global de las ciencias sociales y de las humanidades que se dio en aquellos tiempos. Así, las teorías macroeconómicas van a abordar el estudio de las migraciones desde premisas de utilización de variables agregadas y abarcando amplios marcos, tanto geográficos como temporales. De esta manera, las migraciones se estudian bajo el paraguas de leyes económicas generales que pretenden dar una explicación global y universalmente aceptada. Para ello, los flujos migratorios son vistos desde el microscopio que busca agrupar a las personas que optan por la aventura ultramarina en torno a la edad, el estado civil, el género, los factores de atracción y las posibilidades de éxito en el lugar acotado para migrar, especialmente aquellas que tienen que ver con el mercado de trabajo. Se estudia la

diáspora desde la existencia de dos realidades, la rural y la industrial, y por el desequilibrio entre ambas o, lo que es lo mismo, entre las necesidades vitales de una población en auge y los recursos de que dispone. Estamos, pues, ante el conocido como “modelo dualista o de desequilibrio”, y cuyos principales representantes son: A. Lewis, J. Fei, G. Ranis, M. P. Todaro, J. Stillwell y P. Congdon. Asimismo, otra variante de este análisis macroeconómico la tenemos en el “modelo de equilibrio”, con G. Hunt a la cabeza y quien nos enseña la importancia de la elección de los destinos en los mecanismos mundiales de la emigración.

Por otra parte, sabemos de la “teoría del sistema mundial”, representada sobre todo por I. Wallerstein, y muy en boga entre la década de los sesenta y setenta del pasado siglo. Otros autores que la sustentan son A. L. Mabogunje, E. M. Petras, A. Portes, J. Walten, D. Massey y S. Sassen. Para todos ellos, con mayor o menor simetría, las migraciones son acciones lógicas inherentes a los procesos y mecanismos propios de la globalización económica y al carácter peculiar de los mercados, que definen como transnacionales, y donde las empresas multinacionales tienen un principal protagonismo. Como bien dice Rocío García Abad, los protagonistas de la emigración no son considerados como individuos sino como grupos o sectores.

En 1979, M. J. Piore sostuvo que las migraciones internacionales se producen por los factores de atracción y no por los de expulsión. Es la “teoría del mercado de trabajo dual o segmentado”. Es, pues, la sociedad occidental y su altísimo proceso de industrialización que demanda abundantísima mano de obra, la causante de los traslados de personas de unos puntos del planeta a otros buscando puestos de trabajo en el sector industrial.

Interesante, aunque en nuestra opinión difícil de sustentar de forma global, es la tesis apuntalada en las décadas de los setenta y ochenta de la pasada centuria por F. F. Mendels, H. Medick, D. Levine, C. Tilly y De Vries o “modelo de protoindustrialización”, que incide en ver continuidad migratoria entre los obreros partícipes de las factorías de etapa preindustrial o protoindustrial que fueron quienes luego emigraron y se instalaron en las industrias urbanas. El auge de las manufacturas en el mundo rural, dicen, fue el que provocó un excedente de profesionales cualificados que acabaron por pasar al sector secundario, convirtiéndose en el motor pautador de su crecimiento y desarrollo. Acerca de los elementos positivos y negativos a este modelo conceptual, volvemos a sustentar el análisis de Rocío García Abad:

Los principales aspectos positivos de dicho enfoque: su ejecución rápida, su alta representatividad y su visión global de los fenómenos; pero, por otra parte, sus deficiencias o limitaciones. La primera es la dificultad de encontrar fuentes con datos agregados para fechas anteriores a la segunda mitad del siglo XIX, con lo que el marco cronológico de estudio se ve ampliamente reducido a la contemporaneidad. La segunda es que los resultados obtenidos, aunque muy amplios y generalizados a un extenso marco geográfico y cronológico, y muy útiles

<sup>40</sup> García Abad, Rocío, *Historia de...*, págs. 58-59.



para construir visiones generales a base de agregar datos locales, dejan ocultas tanto la gran diversidad regional como los comportamientos individuales. Y por último, que este tipo de enfoque no aporta un marco explicativo totalmente satisfactorio, ya que es difícil explicar comportamientos humanos a partir de los grandes indicadores macroeconómicos. No es capaz de explicar cómo se produce la selección de los individuos, ni cómo se adopta la decisión de emigrar, ni la heterogeneidad de la realidad humana.<sup>41</sup>

La “teoría económica neoclásica” fundamenta sus puntas en la existencia de diferencias y desequilibrios entre las diversas regiones y sectores industriales y empresariales de la economía. Se insiste en la capacidad de decisión del individuo frente a la perspectiva microanalítica, que luego veremos, que acoge a la familia como unidad principal de análisis. Sus principales valedores son: A. Lewis, J. Fei, G. Ranis, J. R. Harris, M. P. Todaro, T. W. Schultz, R. M. Solow, G. Becker, L. A. Sjaadstad, M. Greenwood, O. Stask y D. E. Bloom.

La teoría económica neoclásica ha tenido un impacto vital en el cómputo de los estudios sobre emigración porque se suele entender como altamente clarificadora la base estructural de su contenido. Pues se insiste, bajo sus postulados, en que los desplazamientos de personas se deben a las diferencias de salario entre grupos sociales y ámbitos geográficos, a las condiciones de trabajo entre naciones y a los costes inherentes a la emigración. El mercado de trabajo, por tanto, es el mecanismo que induce a la activación de los flujos migratorios, ante la asimetría económica entre las zonas estudiadas. Otros factores explicativos se incluyen además de los antedichos y que a nosotros, por cierto, nos resultan del todo ilustrativos, a saber: la distancia en el trayecto de la diáspora, las cadenas migratorias, las ofertas de empleo, el clima y los costes de la emigración. En verdad, las migraciones son consecuencia de las decisiones personales adoptadas y tienen notorio carácter selectivo, dicen los teóricos de esta corriente explicativa. Insisten en que los individuos se mueven más por las ganancias esperadas que por las reales. Otros bienes o servicios, como la obtención de beneficios sanitarios o educación, también nos ayudan a entender la opción por emigrar. Sin olvidarnos de las composiciones interpersonales de renta dentro de cada colectivo. Este modelo explicativo introduce, además, la educación como motor del desarrollo y la emigración como estrategia de inversión o mejora de la situación personal de sus protagonistas. Es por ello por lo que el emigrante podrá sacar mejor partido de su potencial personal y formativo en el punto de destino.

La New Economics of Migration es una teoría que surge de considerar a la unidad familiar como conjunto racional de toma de decisiones condicionada por las necesidades de subsistencia del grupo. Las familias se defienden de las presiones económicas y sociales. Y, como sustenta Reher, sus estrategias y actividades económicas están condicionadas por las opciones económicas de su entor-

no y por la disponibilidad de mano de obra en el hogar. En torno a los orígenes de esta estructura analítica:

Esta teoría está directamente influida por el desarrollo de la historia de la familia y de los estudios de ciclo vital, ciencia que tiene su origen en la demografía histórica de los años sesenta del siglo XX y la nueva historia social que surgió en EE.UU. en las mismas fechas, con el reto de reconstruir la vida de familias y sus interacciones con las grandes fuerzas sociales, económicas y políticas. Se fue desarrollando gracias a los trabajos iniciados por M. Fleury y L. Henry (1956) sobre reconstrucción de familias, a los que se les unirían posteriormente los de P. Ariès (1960), E. Le Roy Ladurie (1969), D. Herlihy (1973), J.L. Flandrin (1979), P. Laslett y el Cambridge Group for the History of Population and Social Structure.<sup>42</sup>

Esta escuela considera, por tanto, que la familia lo es todo a la hora de entender el proceso migratorio humano pues facilita la inserción de sus protagonistas y sus canales de salida y asentamiento posterior. Sin olvidarse de la significación de las estructuras familiares en la articulación de los mercados de trabajo, dicen los valedores de estas tesis. La familia, desde esta perspectiva, pasa a convertirse en la principal unidad de análisis pues en su seno se decide quién o quiénes de entre sus miembros deben iniciar la aventura ultramarina y cuándo, cuestión esta, a nuestro entender, del todo discutible. Sin que rechacemos, de entrada, la cardinal valía de las cadenas familiares en el asentamiento, inserción y canalización de posteriores salidas de cualquier diáspora. Enlazando con los postulados económicos ya citados, se entiende que los viajes migratorios aumentan a medida en que la situación laboral y social y de supervivencia o mantenimiento familiar empeora o cae en barrena. Cuando los hijos son pequeños y, por tanto, no están en activo en los circuitos de producción, se activa el desplazamiento en familia. Por el contrario, se afirma, la emigración individual se impulsa en la etapa de juventud y soltería y por razones laborales y al final del ciclo, en la vejez, aparece un momento crítico de supervivencia y búsqueda de ayuda en los hijos. Esta teoría destaca un factor que influye de forma directa en la tipología migratoria, como es el ciclo vital, definido éste como la consecuencia de estadios por los que atraviesa una familia desde su organización inicial hasta su desaparición y que podemos resumir en las fases de: creación, expansión, estabilidad, contracción, “nido vacío” y extinción<sup>43</sup>. Los principales representantes de esta analítica son D.E. Bloom, D. Levhari, E. Katz, S. Yitzhaki y J.E. Taylor y O. Stara que articuló el modelo de carencia relativa o “relative deprivation”, según el cual la comparación que el posible protagonista a emigrar hace entre sus rentas y las de otros individuos que cohabitan en su mismo grupo social o comunidad de origen es un vector que puede tener gran dominio en la toma de decisiones migratorias. No habla Stara tanto de la diferencia entre las regiones y países de origen como aquellas otras de destino, sino que hace hincapié en los sentimientos suscitados por las desigualdades sociales que pueden ser más significativos que lo que acontece a

<sup>41</sup> Ibídem, págs. 59-60.

<sup>42</sup> Ibídem, págs. 67-68.

<sup>43</sup> Ibídem, págs. 68-69.

las situaciones de penuria particular. En verdad, este planteamiento ayuda a comprender porqué se emigra muchas veces desde los lugares con mayor desigualdad social (o que se perciben como tales) en similar o mayor proporción que aquellos otros que son pobres de solemnidad. Una vez más suscribimos las palabras de Rocío García Abad:

A través del enfoque de la familia esta escuela logra explicar aspectos que el modelo “pull-push” no ha conseguido. Pero no han faltado tampoco las críticas a estas teorías, poniendo en cuestión el no probado y simplista supuesto de una racionalidad económica familiar que ignora los conflictos entre sus miembros o entre los intereses individuales y colectivos. El individuo no siempre se subordina a las necesidades familiares, y en ocasiones en el interior de las familias pueden surgir tensiones y conflictos. Por otra parte, las decisiones adoptadas no tienen porqué ser igualitarias para todos los miembros de la familia.<sup>44</sup>

En las décadas de los setenta y ochenta del siglo XX irrumpió con fuerza la microhistoria como práctica historiográfica que busca la máxima descripción del comportamiento humano, una vez que se ha definido el espacio temporal. Este método historiográfico busca la reducción de la escala de observación con procedimientos concretos y detallados con análisis microscópico de los hechos y demás circunstancias inherentes al comportamiento humano para, desde ahí, llegar a conclusiones más generales. Desde el ámbito de la demografía y su aplicación a cuestiones migratorias, los hitos que se manejan bajo esta estructura de la construcción histórica son: la utilización de fuentes locales (padrones de habitantes, registros y otras fuentes que recogen particularismos geográficos), la creación de biografías familiares, análisis de parroquias, ámbitos de convivencia y estudio de padrones de población. Los principales valedores de esta corriente “micro” en demografía histórica son: S. Akerman, A. Norberg, M. Anderson, C.A. Cossini, D.I. Kertzer, C. Brettel, F. Willekens, M. Gribandi, J.C. Moya, J. Stillwell, P. Congdon, G. Levi, M. Baud, A. Bideau, G. Brunet, B. Reay, J. Bordieu, A. Cofre y M. Manfredini, entre otros.

Bajo este nuevo enfoque, y a diferencia de los anteriores, el emigrante pasa a ser el protagonista de su propia historia en lo que acontece a la decisión de emigrar y la elección de destino. Se busca profundizar en el análisis de las dinámicas locales, en las variantes geográficas, regionales, comarcales, municipales y se pretende el análisis longitudinal o las historias de vida, la ambientación familiar y la incidencia de otros factores intermedios. Las migraciones pasan a ser aprehendidas desde el marco familiar y la economía doméstica:

Desde estos supuestos teóricos se presta especial atención a los procesos de selección de los emigrantes en los lugares de origen, y se amplía el abanico de factores migratorios, añadiendo a las causas económicas -desempleo, ganancias, precios de las viviendas, medios de comunicación-, las causas sociales -condiciones de vida,

nivel de bienestar, vivienda, educación, huida del servicio militar-, los factores políticos -legislación, problemas políticos, persecuciones, beneficios fiscales-, factores psicológicos -las percepciones subjetivas, los sentimientos-, los factores físicos, los transportes, la religión, cuestiones históricas, redes de información, contactos previos, mercado de trabajo, alfabetización, etc. Objeto de estos estudios son la naturaleza y direccionalidad de los movimientos, las características sociodemográficas del emigrante, las características de las unidades familiares en las que se gesta la estrategia de emigrar, las características de las áreas o zonas entre las que se establecen los flujos migratorios, así como de sus mercados laborales, las tipologías migratorias, las cadenas migratorias, la elección del destino, el cálculo de probabilidades y la distancia. Al igual que el enfoque macro, el micro tiene sus ventajas e inconvenientes. Este método tiene la enorme ventaja de poder concebir el mundo desde el punto de vista del individuo y ofrecer una gran riqueza de datos, explicar los comportamientos diferenciales y mostrar el verdadero funcionamiento de ciertos fenómenos, distorsionados en la generalidad. Entre los inconvenientes, podemos señalar su mayor dificultad metodológica y la utilización de técnicas complejas que requieren una importante inversión en tiempo, como la reconstrucción de familias o las historias de vida, que exigen el cruce de fuentes de carácter nominativo. En cuanto a sus resultados, la reducción de la escala de análisis y la utilización de muestras reducidas puede provocar un problema de la representatividad y el localismo, que suele verse contrarrestado por la gran riqueza de datos y detalles que aporta. El método micro es bastante endeble a la hora de abordar los procesos de cambio en el tiempo, y al analizar las implicaciones de los fenómenos demográficos con los económicos. Son métodos poco dinámicos por naturaleza, de ahí que sea difícil abordar las sociedades móviles, ya que las fuentes disponibles, bien sean los padrones, o bien los registros de acontecimientos vitales, sólo ofrecen fotos fijas de población en el caso de los primeros, y en ningún momento recogen los movimientos. Estas dificultades se verán, si no solventadas, sí al menos reducidas con el desarrollo de metodologías indirectas...<sup>45</sup>

En la década de los ochenta del siglo XX surgió la “teoría de las redes migratorias”, en un nuevo afán revisionista de las tesis clásicas y como intento, una vez más, de creación de enfoques más o menos definitivos sobre cuestiones teóricas y de metodología aplicable a los estudios migratorios. Los más significativos entusiastas de esta escuela son: T. Hareven, M. Anderson, M. Piore, A. Plakans, M. Morgan, D.E. Baines, L.R. Taylor, D.S. Massey, J. Arango, G. Hugo, A. Konaonci, A. Pellegrino, J.E. Taylor, F. Devoto, D. Reher, F. Requena, C. Sarasua, K. Schurer, J. Recaño, G.R. Boyer, J.J. Hatton, S.A. Wegge, J.C. Moya, T. Baner, R. Leandro, V. Miguel.

Tal y como las define D.S. Massey, las redes o cadenas migratorias son, y sigo sus palabras, conjuntos de vínculos interpersonales que conectan a migrantes, antiguos

<sup>44</sup> Ibídem, pág. 70.

<sup>45</sup> Ibídem, págs. 64-65.

migrantes y no migrantes en su área de origen y de destino a través de los lazos de parentesco, amistad y comunidad de origen compartida. Se sostiene, como hipótesis, que la existencia de estos lazos aumenta la verosimilitud de la emigración al bajar los costes, elevar los beneficios y mitigar los riesgos del movimiento internacional. Las conexiones de la red constituyen una forma útil de capital social que la gente utiliza para acceder al empleo de extranjeros y a salarios altos<sup>46</sup>. Esta teoría ha sido muy bien acogida por aquellos estudiosos de la emigración hacia América donde, tal y como nosotros comprobamos en 1992<sup>47</sup>, la significación del papel de los “ganchos”, “enganchadores”, “gatekeepers”, “agentes reclutadores” o incluso autoridades diplomáticas, tuvo una incidencia insigne en el fomento de las cadenas migratorias cuyo destino final era el continente americano. Y es que, no nos cabe la menor duda, las redes migratorias que surgen tanto en los puntos de partida como en el destino final marcan en alto grado las decisiones individuales y también familiares de emigrar, fomentando los desplazamientos y su dirección. Las cadenas migratorias son útiles para el análisis de la continuidad de los flujos migratorios, activados por redes sociales cuya urdimbre es tejida por familiares, amigos y paisanos de ambas direcciones del procedimiento de la diáspora. Uno de sus hitos más significativo es el definido como “efecto llamada” y que, como su propio nombre indica, tiene que ver con el reclamo en origen de familiares, amigos o vecinos por parte de quienes habían salido antes y ya estaban instalados en el punto de destino de la red, que funciona entre todos sus partícipes como un auténtico canal de transmisión de información y ayuda y, a veces, también de copioso interés económico, favoreciendo que la salida migratoria, y sus circunstancias inherentes, se tornen más amables. La experiencia de los que ya han viajado antes puede resultar muy útil a quienes les van a suceder en tal actitud, aunque en ocasiones la información que se transmite es de éxito rotundo y magnificante sensación de perfección socioeconómica en el país de destino.

Los estudiosos de las redes migratorias insisten en la función de apoyo o asentamiento e integración de los nuevos inmigrantes, en lo que concierne a la búsqueda de trabajo, acceso a la vivienda y ayuda psicológica o afectiva. Esto es así, claro está, en el marco conceptual teórico pues tantas veces hemos constatado nosotros que este idílico panorama no se ajusta a la realidad objetiva. Los casos de abusos y comportamientos deshonestos son tantos, como bien sabemos quienes tratamos estas cuestiones, que al menos nos hacen plantearnos la validez general de este método. Sí es verdad que al ser menores los costes y los riesgos, el flujo migratorio se vuelve me-

nos selectivo y notoriamente representativo de la comunidad de origen. Esta circunstancia activará los envíos de remesas, los lazos de solidaridad y las migraciones de regreso. Porque, una vez que se establece un flujo migratorio y empiezan a actuar las redes, se dan dos tendencias nítidas. La primera nos lleva a la continuidad de dichos flujos que puede, incluso, conducir a la perpetuación de una determinada corriente de forma independiente de las causas que lo conformaron. La segunda tiene que ver con la difusión de la red en forma de tela de araña cada vez más llena de contactos entre las localidades de origen y de destino. La cadena migratoria puede mantener sus nexos y la transmisión informativa en tiempo no propicio para el éxodo hasta que, con la mejoría de la estructura económica en la que se inserta esta cadena, vuelve a reactivarse, aunque incluso hayan pasado varios lustros.

Las cadenas migratorias pueden generar, como elemento negativo, una fuerte endogamia que lejos de ser benigna para el emigrante puede proporcionar resultados funestos, como es bien sabido. Es verdad que representan adecuada metodología para estudiar las migraciones internacionales, especialmente en su aspecto temporal a medio o largo plazo y que abren puertas a perspectivas antropológicas y sociales. Y no es menos cierto que, en altísimas secuencias, la toma de decisión migratoria se sustenta en la existencia de familiares, vecinos y/o paisanos en los lugares de destino escogidos. Claro que la búsqueda documental, como puede imaginarse, que permita la reconstrucción fidedigna de toda la cadena migratoria es tarea imposible en muchos casos, dificultosa siempre. Al principio de este epígrafe, hemos hecho un resumen sobre los distintos ámbitos teóricos y para el estudio de las migraciones, donde -de manera sintética- hemos visto las virtudes y defectos de cada uno de ellos. En la actualidad, la última metodología de moda es la de las cadenas migratorias vascas, liderada por el profesor Álvarez Gila, a quien Rocío García Abad incluye entre la nómina de los historiadores españoles que secundan estos planteamientos. A mí me parece una perspectiva conceptual interesante pero no definitiva, entre otras razones porque pocas veces he visto secuencias de cadenas migratorias de rigor en espacios de tiempo razonables ante la dificultad documental inherente para obtener tal fin. Además, no tardaremos mucho tiempo en conocer nuevos enfoques metodológicos que carguen sus arietes puntiagudos sobre las “magníficas virtudes explicativas” de las cadenas migratorias para aprehender los entresijos de los procesos migratorios internacionales. Al tiempo.

<sup>46</sup> En D.S. Massey et al., “Una evaluación de la teoría de la migración internacional: el caso de América del Norte”, en Malgesini, G. (ed.) *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Madrid, 1998, pág. 229.

<sup>47</sup> En *Los paraísos posibles. Historia de la emigración vasca a Argentina y Uruguay en el siglo XIX*. Bilbao, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1992, donde dedicamos una especial atención a la actuación de los “ganchos” como impulsores de los procesos de emigración vasca hacia el Río de la Plata en el siglo XIX, con aportación documental del Archivo de la Diputación Foral de Bizkaia.





# Was ist „europäische Rechtskultur“? Ein kulturhistorisch-diskursanalytisches Statement.

*Peter Pichler, Graz*

Die Kultur genießt momentan im Diskurs der Geistes- und Sozial-, jedoch auch der Rechtswissenschaften eine enorme Popularität. Jedermann scheint über „Kultur“ zu schreiben, jedermann scheint über „Kultur“ nachzudenken. Dies hat sowohl positive als auch negative Konsequenzen zur Folge – einerseits steigt das Reflexionsniveau im wissenschaftlichen Umgang mit kulturellen Erscheinungen<sup>1</sup>, andererseits wird durch die enorme Konjunktur des Kulturbegriffs der begrifflichen Unschärfe, teils gar der Beliebigkeit in der Definition von „Kultur“ Vorschub geleistet.<sup>2</sup> Das vorliegende Statement geht von diesem Befund aus – es soll im Angesicht der momentanen Prominenz des Kulturbegriffs eine disziplinäre und methodische Verortung des Begriffs und des Konzepts einer „europäischen Rechtskultur“<sup>3</sup> aus Sicht der Kulturgeschichte<sup>4</sup> und einer ihrer wichtigsten Methoden – der Diskursanalyse<sup>5</sup> – erfolgen. Hierzu werden im Folgenden mehrere Schritte gesetzt: (1) Zuerst ist zu überlegen, was „Kultur“ an sich ist, was dieser Begriff aus kulturgeschichtlicher und diskursanalytischer Sicht bedeutet. Es liegt im Kern der Sache, dass schon hierbei aus einem enormen Angebot an Definitionsversuchen gewählt werden kann.<sup>6</sup> (2) In einem weiteren Schritt ist darzulegen, was die Kulturgeschichte in diskursanalytischer Perspektive unter „Europa“ bzw. der Eigenschaft „europäisch“<sup>7</sup> versteht. (3) Drittens ist herauszuarbeiten – dies soll wiederum aus Sicht der Kulturgeschichte und Diskursanalyse erfolgen –, was unter dem Begriffskomplex „Recht“ verstanden werden kann. Hier ist vor allem auf die Reflexionen der angloamerikanischen Debatte zurückzugreifen. (4) Schließlich kann in der Verklammerung der Ergebnisse dieser Reflexionsschritte ein Statement formuliert werden, das klarstellt, was die Kulturge-

schichte und Diskursanalyse unter „europäischer Rechtskultur“ verstehen.

## I. Was ist „Kultur“?

Unter dem Begriff der Kultur kann vieles verstanden werden. Auch die Kulturgeschichte, basierend auf der Methode der Diskursanalyse, liefert ein breites Definitionsspektrum für den Begriff der Kultur.<sup>8</sup> Eines jedoch ist der Neuen Kulturgeschichte, wie sie seit den späten 1980er Jahren entstanden ist, in ihren Verästelungen gemein: „Kultur“ wird als Prozess verstanden. „Kultur“ ist nicht ein stabiles, essenzialistisch zu bestimmendes, für immer fest stehendes Fixum, sondern ein prozesshaftes Fluidum. „Kultur“ ist immer im Fluss, dynamisch und muss dementsprechend auch in der Analyse ihrer Diskurse als Fluidum beschrieben werden. Es kann daher in der Analyse von kulturhaftem Prozess nur darum gehen, einen Ausschnitt der Kultur zu einem bestimmten historischen Zeitpunkt zu bestimmen. Jeder Versuch, der darauf abzielt, eine Kultur (z.B. einer Nation, einer Region, einer Ethnie oder auch Europas) definitorisch festzuschreiben, muss sich mit dem Vorwurf des Essenzialismus auseinandersetzen. Die Kulturgeschichte in ihrer diskursanalytischen Ausformung kann und will nicht mehr leisten, als ein Bild der kulturellen Vergangenheit, verhaftet im jeweiligen Kontext des Diskurses und Moments, von welchem aus der Blick in die Vergangenheit gerichtet wird, zu beschreiben. Die Kulturgeschichte will daher nicht die Kultur auf den Punkt bringen, sondern es geht ihr darum, den „Fluss des Wissens durch die Zeit“<sup>9</sup>, gebrochen durch das paradigmatische Prisma ihres Orts und ihrer Zeit, zu erforschen. Damit liefert die diskursanalytische Historiographie der Kultur keinen universal gültigen Befund, der für immer und überall feststeht, sondern eine immer wieder neu zu denkende Konstruktion von „Kultur“, verhaftet im Kontext und Moment. Dies ändert nichts an der Wissenschaftlichkeit der Kulturgeschichte sowie den wissenschaftlichen Ansprüchen, die an sie zu stellen sind. Die diskursanalytische Kulturgeschichte liefert intersubjektiv teilbare wissenschaftliche Erkenntnisse, welche in diesem Sinne „objektiv“ sind. Sie sind jedoch nicht „objektiv“, wenn unter Objektivität eine für immer feststehende, universal gültige Wahrheit verstanden wird. Dies kann und will die Kulturgeschichte mit ihrer Methode der Diskursanalyse nicht leisten; es geht ihr im Gegenteil sogar darum, Fiktionen und Mythen von kategorisch und absolut gesetzten Wahrheiten zu „dekonstruieren“. Dies macht den emanzipatorischen Anspruch und Gehalt ihres Vorgehens aus.

<sup>1</sup> Vgl. etwa Klaus P. Hansen: Kultur und Kulturwissenschaft. Eine Einführung. Tübingen 2011.

<sup>2</sup> Vgl. ebd.

<sup>3</sup> Vgl. etwa Paolo Grossi: Das Recht in der europäischen Geschichte. München 2010; auch: Heinrich Scholler: Grundrechte und Rechtskultur auf dem Weg nach Europa. Berlin 2010.

<sup>4</sup> Vgl. zum Einstieg in die Kulturgeschichte, spezifisch auch aus europäischer Perspektive: Achim Landwehr/Stefanie Stockhorst: Einführung in die Europäische Kulturgeschichte. Paderborn 2004; sowie: Wolfgang Schmale: Geschichte Europas. Wien u.a. 2001.

<sup>5</sup> Vgl. als Einstieg in die Diskursanalyse aus historiographischer Perspektive: Achim Landwehr: Historische Diskursanalyse. Frankfurt/Main 2008; auch: Philipp Sarasin: Geschichtswissenschaft und Diskursanalyse. Frankfurt/Main 2006; sowie: Franz X. Eder: Historische Diskursanalysen. Genealogie, Theorie, Anwendungen. Wiesbaden 2006.

<sup>6</sup> Vgl. als Einstieg in die jüngere Reflexion des Begriffs der „Kultur“: Hansen, Kultur; sowie: Wolfgang Müller-Funk: Kulturtheorien; Einführung in Schlüsseltexte der Kulturwissenschaften. Tübingen u.a. 2006; auch: Stephan Moebius/Dirk Quadflieg: Kultur. Theorien der Gegenwart. Wiesbaden 2011; sowie: Ansgar Nünning: Einführung in die Kulturwissenschaften. Stuttgart u.a. 2008.

<sup>7</sup> Vgl. etwa Landwehr/Stockhorst, Einführung, S. 264 ff.

<sup>8</sup> Vgl. etwa Hansen, Kultur; auch: Landwehr/Stockhorst, Einführung.

<sup>9</sup> Dies ist Michel Foucaults klassische Definition des Diskurses: Vgl. Michael Maset: Diskurs, Macht und Geschichte. Foucaults Analysetechniken und die historische Forschung. Frankfurt/Main 2002.

Die Kulturgeschichte in ihrer diskursanalytischen Ausprägung nahm und nimmt auf viele Wurzeln Bezug.<sup>10</sup> Wichtig sind hier unter anderem die kulturgeschichtlichen Diskussionen, die an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert geführt wurden, vor allem jedoch die Entwicklungen der Kulturanalyse nach dem Zweiten Weltkrieg.<sup>11</sup> Die Entwicklungen der Kulturforschung nach 1945 liefern ein breites Spektrum, einen kaum zur Neige gehenden Vorrat an Paradigmen und Theorieversatzstücken, aus welchem sich die Kulturgeschichte bis heute bedient.<sup>12</sup>

Vor der Folie dieser einleitenden Bemerkungen, die gleichsam die Grundbedingungen einer operationalisierten Definition von „Kultur“ darstellen, ist es möglich, sich einer (vorläufigen) Klärung des Kulturbegriffs anzunähern. Im Zentrum dieser Annäherung steht die Annahme, dass es bei der Kulturanalyse immer darum geht, zu untersuchen, welche Bedeutungszusammenhänge, welche Formen der menschlichen Sinnstiftung im Prozess der Kultur entstehen.<sup>13</sup> Kulturanalyse ist immer die Analyse menschlicher Sinn- und Bedeutungstiftung.<sup>14</sup> Es geht darum, festzustellen, mit welcher Bedeutung materielle und immaterielle Ressourcen unserer Welt aufgeladen werden.<sup>15</sup>

Folgt man Landwehrs und Stockhorsts äußerst lesenswerter Einführung in die europäische Kulturgeschichte<sup>16</sup>, sind für einen solchen „weiten Kulturbegriff“<sup>17</sup> vier entscheidende Aspekte zu erkennen: Die beiden Autoren benennen (1) einen ergologischen, (2) einen interpretativen, (3) einen soziativen und schließlich (4) einen temporalen Aspekt von „Kultur“.<sup>18</sup>

(1) Beim ergologischen Aspekt von „Kultur“ geht es darum, eine Unterscheidung zwischen „natürlichen“ und „künstlichen“ (d.h. vom Menschen geschaffenen oder beeinflussten) Phänomenen zu treffen.<sup>19</sup> Die diskursanalytische Kulturanalyse bezieht sich nur auf Gegenstände und Ressourcen, die vom Menschen geschaffen oder gestaltet wurden. Die Welt, welche unabhängig vom Menschen existiert, bleibt demzufolge unberücksichtigt.

(2) Zweitens ist einem weiten Kulturbegriff ein interpretativer Aspekt eigen.<sup>20</sup> Hierbei geht es darum, zu erkennen, dass die Kultur in ihren verschiedensten Erscheinungsformen immer mit einem Prozess der Interpretation verbunden ist. Wie bereits weiter oben festgestellt, ist „Kultur“ ein prozesshaftes Phänomen – daher sind auch die Bedeutungen, die kulturellen Phänomenen zuer-

kannt werden, variabel und dynamisch. So kann – um ein Beispiel von Landwehr und Stockhorst aufzugreifen – ein Baum in unterschiedlichen Weisen einmal als Rohstoff, dann wieder als Versammlungsort oder auch als rituelles Symbol usw. betrachtet werden.<sup>21</sup> Es geht immer darum, zu untersuchen, welche Bedeutungspraxen der kulturellen Ressource zuerkannt werden.

(3) Drittens lässt sich für die Bestimmung eines solchen weiten Kulturbegriffs ein soziativer Aspekt feststellen.<sup>22</sup> Dies bedeutet, dass „Kultur“ dadurch entsteht, dass folgend der Theorie des Konstruktivismus kulturelle Phänomene aus gesellschaftlicher „Konstruktion“ geformt werden. Kommunikation stellt somit den Schlüssel zur Kultur dar. Dies ist in doppelter Weise der Fall: Einerseits wird „Kultur“ erst durch Kommunikation als weltliches Phänomen hervorgebracht, andererseits ist es wiederum die Kommunikation (fachwissenschaftliche Diskurse usw.), welche die Entschlüsselung von kulturellen Zusammenhängen ermöglicht.

(4) Schließlich lässt sich ein temporaler Aspekt von „Kultur“ erkennen.<sup>23</sup> Hierbei geht es um die Zeitlichkeit von kulturellen Erscheinungen. Diese besteht einerseits darin, dass kulturelle Erscheinungen, um eine gewisse Wirkung entfalten zu können, für längere Dauer gesellschaftlich bestehen müssen. So macht die Staatsform der Demokratie nur Sinn, wenn sie über einen längeren Zeitraum besteht. Andererseits ist „Kultur“ aufgrund ihrer Temporalität variabel, d.h. sie verändert sich mit dem Lauf der Zeit. Dies lässt sich wiederum am Beispiel der Staatsform der Demokratie darstellen – auch sie verändert sich im Laufe der Jahre und wird immer weiter entwickelt.

Aus der Zusammenschau dieser vier Aspekte lässt sich eine Annäherung an den Kulturbegriff gewinnen. „Kultur“ ist demnach schlicht ein Prozess menschlicher Bedeutungstiftung. Hierbei greifen ergologische, interpretative, soziative und temporale Prozessebenen ineinander. Auf den Punkt gebracht: „Kultur“ entsteht dann, wenn der Mensch in zeitlich variabler Hinsicht Erscheinungen des Diskurses mit Bedeutung ausstattet.

## II. Was ist „Europa“ bzw. „europäisch“?

Unter dem Begriff „Europa“ bzw. dem Attribut „europäisch“ lässt sich vieles kategorisieren und subsumieren. So kann man unter „Europa“ einmal den gesamten Kontinent verstehen, ein anderes Mal – und diese Zuerkennung gewinnt zunehmend an Bedeutung – die Europäische Union. Gleichermäßen kann man unter „Europa“ jedwede diskursive Ressource verstehen, die sich auf den Komplex „Europa“ als Referenzrahmen bezieht – so ist etwa für die Frühe Neuzeit Amerika zu Europa zu zählen. Das Attribut „europäisch“ lässt sich in all diesen Zusammenhängen verwenden – der gesamte Kontinent ist „europäisch“, so wie es auch die EU und das frühneuzeitliche Amerika sind. Für den Zweck des vorliegenden Statements ist es angebracht, den Blick von diesen Be-

<sup>10</sup> Vgl. Landwehr/Stockhorst, Einführung, S. 25 ff.

<sup>11</sup> Vgl. ebd.

<sup>12</sup> Vgl. aus Sicht der Geschichtswissenschaft: Peter Pichler: Acht Geschichten über die Integrationsgeschichte. Zur Grundlegung der Geschichte der europäischen Integration als ein episodisches historiographisches Erzählen Innsbruck u.a. 2011, S. 148 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Landwehr/Stockhorst, Einführung, S. 7 ff.

<sup>14</sup> Vgl. ebd.

<sup>15</sup> Vgl. ebd.

<sup>16</sup> Vgl. ebd.

<sup>17</sup> Vgl. ebd.

<sup>18</sup> Vgl. ebd.

<sup>19</sup> Vgl. ebd., S. 11.

<sup>20</sup> Vgl. ebd., S. 11 f.

<sup>21</sup> Vgl. ebd., S. 10.

<sup>22</sup> Vgl. ebd., S. 12.

<sup>23</sup> Vgl. ebd., S. 12 f.



grifflichkeiten zu lösen und in kategorieller und konzeptioneller Weise zu denken. Welche Kategorie ist „Europa“ und welche Eigenschaften sind „europäisch“? Es lohnt sich zur konzeptionellen Beantwortung dieser Fragen wiederum bei Landwehr und Stockhorst nachzulesen.<sup>24</sup> Bei diesen steht die Erkenntnis im Mittelpunkt, dass es keinen allgemeinen Europabegriff gibt, sondern dass der Terminus und das Konzept „Europa“ auf immer wieder neue und facettenreiche Art und Weise durch Diskurse hervorgebracht werden.<sup>25</sup> Damit steht die diskursanalytische Kulturgeschichte vor einer großen Schwierigkeit. Es kann nicht zweifelsfrei geklärt werden, was den Gegenstand „Europa“ ausmacht bzw. was denn nun „europäisch“ ist. Angesichts dieses Befundes macht es Sinn, sich auf die konzeptionellen Erwägungen der Kulturgeschichte und Diskursanalyse einzulassen und „Europa“ (ähnlich dem Komplex „Kultur“) als Fluidum und Variable zu begreifen. Um „Europa“ handelt es sich immer dann, wenn sich die Zirkulation im Diskurs soweit sedimentiert, dass eine allgemein und klar erkennbare Diskurs-einheit namens „Europa“ ersichtlich wird. Solche Fälle sind etwa der christliche Abendlandbegriff des Mittelalters, das Europabild der Frühen Neuzeit, das sich durch die identitätsstiftende Wirkung der osmanischen Bedrohung bildete, oder der politische Europabegriff des 19. Jahrhunderts.<sup>26</sup> All diesen diskursiven Körpern und Aspekten kann die Eigenschaft „europäisch“ zuerkannt werden, da die stabile Sedimentierung im Diskurs es eindeutig ermöglicht, sie als „europäisch“ zu bezeichnen. Damit ist für die Zuerkennung des Begriffs und Konzepts „Europa“ bzw. der Eigenschaft „europäisch“ eine simple Änderung der Perspektive vonnöten. Es geht darum, sich auf die Perspektive der Diskursanalyse einzulassen und „Europa“ als diskursive Konstruktion zu betrachten. Die neue Perspektive, welche dadurch entsteht, richtet sich auf all jene diskursiven Erscheinungen, welche für sich behaupten können, ein Europabild zu repräsentieren. Dies alles klingt nach Relativität, gar nach Beliebigkeit in definitorischer und wissenschaftlicher Hinsicht. Wenn „Europa“ gleichsam alles sein kann, das die Bezeichnung „Europa“ im Diskurs möglich macht, dann öffnet sich scheinbar der Raum für Ungenauigkeiten und Beliebigkeit. Gerade angesichts dieses scheinbaren Mankos des diskursanalytischen Europakonzepts ist es notwendig, den Blick zu schärfen und wirklich nur jene diskursiven Körper und Einheiten als „Europa“ gelten zu lassen, welche den notwendigen Grad an diskursiver Stabilität erreicht haben. Hier das richtige Maß der Betrachtung zu finden, ist die eigentliche Aufgabe einer kulturhistorisch-diskursanalytischen Bestimmung des Europabegriffs.

„Europa“ ist somit eine Frage des Standpunktes und der Perspektive. „Europa“ ist eine diskursive Konstruktion, welche immer dann entsteht, wenn sich „der Fluss des Wissens durch die Zeit“<sup>27</sup> soweit verfestigt, dass eindeutig von einem Europakonzept gesprochen werden kann. Um es kurz zu fassen: „Europa“ ist eine diskursive Sedimen-

tierung, die immer wieder neu gedacht und geformt wird. „Europäisch“ ist das entsprechende Eigenschaftswort, welches diese Sedimentierungen bezeichnet.

### III. Was ist „Recht“?

Wenn man über „Recht“ als konzeptionelles und diskursives Feld nachdenkt, sind die Rechtswissenschaften als eine Menge spezifischer Diskurse über die Welt in den Fokus zu rücken. Die Rechtswissenschaften – es macht wie bei den Geschichtswissenschaften Sinn, hier vom Plural der Disziplinen zu sprechen – stellen nichts anderes dar als eine Sicht der Wissenschaft auf die Welt; es handelt sich um die soziale Konstruktion der Welt durch die Diskurse der Rechtswissenschaften. Der „epistemische Dialekt“ des Rechts, vor allem ausgedrückt in der die angloamerikanische Sicht der Dinge beherrschenden Metapher der *rule of law*<sup>28</sup>, stellt eine Art und Weise dar, die Welt, die kulturellen Ereignisse, die dem Menschen in seinem intellektuellen und praktischen Leben begegnen, mit Sinn und Bedeutung auszustatten. Schon an dieser Stelle ist die tiefe Verbindung zwischen der kulturwissenschaftlichen Betrachtung des Rechts und der Kulturgeschichte sowie Diskursanalyse offensichtlich – Recht erscheint in diesem Sinne als ein Weg, die Welt mit kultureller Bedeutung auszustatten.

In der kulturwissenschaftlichen Betrachtung des Rechts sind neben den Arbeiten des deutschen Staats- und Europarechters Ulrich Haltern<sup>29</sup> vor allem die Arbeiten und Publikationsräume der angloamerikanischen Debatte zu nennen. In dieser wiederum sind vor allem die Beiträge von Paul W. Kahn prägend.<sup>30</sup> Folgt man der Perspektive Kahns, erscheint das Recht als ein Weg, die Welt sozial und kulturell zu konstruieren. Es geht darum, die Welt durch Akte der Bedeutungsstiftung in soziokultureller Hinsicht entstehen zu lassen. Das Recht ist damit alles andere als ein für immer stabiler und zu fixierender Körper von Normen und Gesetzen; das Recht ist ein Fluidum, das sich in Wechselwirkung mit seinem jeweiligen soziokulturellen Kontext entwickelt. Ob dabei das Recht in der Entwicklung voranschreitet oder ob das Recht nur den soziokulturellen Entwicklungen folgt, ist von geringer Bedeutung – es geht eher darum, festzustellen, dass das kulturelle Diskurssystem der Rechtswissenschaften ein Bereich des Lebens ist, in welchem der Mensch kulturschaffend tätig wird. Recht ist soziale Praxis.

Ausgehend von diesen Grundgedanken entwirft der Rechtsphilosoph Kahn eine ebenso einfach anmutende wie bestechend argumentierte Matrix der rechtswissenschaftlichen Diskurse. Folgt man den Argumenten Kahns, so ist der Diskurs des Rechts durch drei Entwicklungsachsen gekennzeichnet. Diese drei Achsen weisen die Richtung, in welche sich das Wissen über und vom Recht entwickelt. Diese drei Entwicklungsachsen sind

<sup>24</sup> Vgl. ebd., S. 264 ff.

<sup>25</sup> Vgl. ebd., S. 264 f.

<sup>26</sup> Landwehr und Stockhorst bringen diese Beispiele: Vgl. ebd., S. 265.

<sup>27</sup> Vgl. Maset, Diskurs.

<sup>28</sup> Vgl. etwa Pichler, *Acht Geschichten*, S. 122 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Ulrich Haltern: *Europarecht und das Politische*. Tübingen 2005; auch: ders.: *Europarecht*. Tübingen 2010; sowie: ders.: *Obamas politischer Körper*. Berlin 2009.

<sup>30</sup> Vgl. Paul W. Kahn: *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*; auch: ders.: *Legitimacy and History. Self-government in American Constitutional Theory*. New Haven 1992; sowie: ders.: *Law and Love. The Trials of King Lear*. New Haven 2000.

mit den englischen Termini (1) „reason“, (2) „will“ und (3) „power“ zu umreißen.<sup>31</sup>

(1) Dies bedeutet, dass das Recht immer einem Mindestmaß an rationaler Durchdringung genügen muss.<sup>32</sup> Dies ist nur dann der Fall, wenn Recht so konstruiert wird, dass die Ratio als sein erstes Konstruktionsprinzip auftritt. Recht kann nur dann soziokulturell erfolgreich und zeitlich beständig sein, wenn die rationale und plausible Nachvollziehbarkeit seiner Normen seine prozesshafte Entwicklung anleitet.

(2) Eine weitere Entwicklungsachse des Rechts lässt sich mit dem englischen Begriff „will“ kennzeichnen. Hierbei geht es darum, dass das Recht nur dann praktisch erfolgreich sein und bestehen wird, wenn seine Ausformung und Entwicklung durch ein gehöriges Maß an Gemeinschaftswillen gekennzeichnet ist.<sup>33</sup> Diese zweite Entwicklungsachse des Rechts ist wesentlich mit der Diskursachse des Vernünftigen („reason“) verknüpft.<sup>34</sup> Nur zusammen betrachtet bringt die Überschneidung von „reason“ und „will“ die Spezifika der Wissenschaften vom Recht hervor.<sup>35</sup> Dass das Recht, wenn es soziokulturell erfolgreich und beständig sein will, auf ein hohes Maß an Gemeinschaftswillen angewiesen ist, ist schon intuitiv einleuchtend. Das Recht wird nur dann stabil sein, wenn es von der Mehrheit der Gemeinschaft in genau jener Form, in welcher es sich gebildet hat, gewollt wird. Der Wille zum Recht entscheidet über seinen Erfolg. Dass dabei wiederum Recht erfolgreicher sein wird, das rational konstruiert wurde, also sich vor allem auch entlang der Entwicklungsachse von „reason“ bewegt, liegt auf der Hand.

(3) Die dritte Entwicklungsachse des Rechts, die Paul W. Kahn anführt, ist jene von „power“.<sup>36</sup> Es ist offensichtlich, dass das Recht nicht im machtleeren diskursiven Raum entsteht; vielmehr ist es der Fall, dass die Konstruktion von Recht mit den jeweiligen Machtbedingungen verknüpft ist.<sup>37</sup> Dies bedeutet nicht, dass immer jene Instanzen, die über das größte Machtkapital verfügen, automatisch das Recht in ihren Händen halten; es liegt aber nahe, dass – in der Betrachtung dem non-hierarchischen angenommenen Charakter von Macht im Sinne von Michel Foucault folgend<sup>38</sup> – Rechtsbeziehungen auch Machtbeziehungen sind. Die Macht gibt dabei nicht unidirektional und monokausal die Richtung vor, in welche sich das Recht zu entwickeln hat, sondern formt ein Netzwerk, das zur Entstehungsbedingung von Recht wird. „Power“ ist somit das Durchsetzungsvermögen des Rechts und zugleich seine dritte Entwicklungsachse. Macht macht Recht möglich.

Aus diesen drei elementaren Aspekten lässt sich eine Antwort auf die titelgebende Frage dieses Abschnitts ge-

ben. Recht ist ein spezifischer Diskurs, der sich entlang der Achsen von „reason“, „will“ und „power“ bewegt und entwickelt. Das Recht ist in diesem Sinne ein Prozess der Bedeutungstiftung, welcher vernünftig, sozial gewollt und durch die jeweiligen Machtverhältnisse abgesichert vor sich geht. Recht ist daher eine Form sozialer Praxis und Sinnstiftung.

#### IV. Fazit: „Europäische Rechtskultur“

Wenn man die Ergebnisse der soeben angestellten Reflexionen zusammenträgt, lässt sich ein (vorläufiges) Statement formulieren, was die Kulturgeschichte und Diskursanalyse unter „europäischer Rechtskultur“ verstehen. Folgende Aussagen verklammern die Ergebnisse unseres Nachdenkens:

- „Kultur“ ist ein Prozess der menschlichen Sinn- und Bedeutungstiftung. Wie, wann und wo der Mensch materiellen und immateriellen Erscheinungen Bedeutung und Sinn zuerkennt, entscheidet über die Konstruktion, das Entstehen von „Kultur“.
- „Europa“ (bzw. das zugehörige Attribut „europäisch“) ist eine diskursive Konstruktion. Nur wenn sich die Zirkulation in Diskursen soweit sedimentiert, dass klar und eindeutig von einem Diskurskörper namens „Europa“ gesprochen werden kann, ist das Erkennen und Sprechen von „Europa“ möglich.
- „Recht“ ist ein Diskurs, eine Art und Weise, die Welt zu konstruieren. In diesem Sinne ist „Recht“ soziale Praxis. Als ein kultureller Konstruktionsweg ist „Recht“ ein Weg, soziokulturelle Bedeutung und Sinn zu stiften.

Wenn man diese grundlegenden Aussagen und Gedanken in ihrem Verbund erwägt, erhält man eine disziplinäre und methodische Verortung des Begriffs und Konzepts einer „europäischen Rechtskultur“: Die „europäische Rechtskultur“ entsteht dann, und nur dann, wenn im Diskurs eine Sedimentierung der Zirkulation stattfindet, sodass eindeutig von „Europa“ gesprochen werden kann. Die „europäische Rechtskultur“ umfasst all jene sinn- und bedeutungstiftenden menschlichen Artikulationen, welche prozesshaft zu dieser Sedimentierung im Bereich des Rechts beitragen. Die „europäische Rechtskultur“ ist somit nichts anderes als eine lebenspraktisch-kulturelle Perspektive auf Europa.

<sup>31</sup> Vgl. Kahn, Cultural Study.

<sup>32</sup> Vgl. ebd., S. 7 f.

<sup>33</sup> Vgl. ebd., S. 13 ff.

<sup>34</sup> Vgl. ebd.

<sup>35</sup> Vgl. ebd.

<sup>36</sup> Vgl. ebd., S. 128 ff.

<sup>37</sup> Vgl. ebd.

<sup>38</sup> Vgl. etwa Maset, Diskurs.

## AUTORENVERZEICHNIS

Azcona Pastor,  
José Manuel

Full professor of Contemporary History at the King Juan Carlos University in Madrid, where he gives lectures in History of the Present World. He is an expert on Spanish migration to America and on Contemporary History. He has also worked as a professor at the University of Deusto (1987-1998) and the Universidad Nacional de Educación a Distancia (National University of Distance Education)(1999-2005). At present, he is head of the Department of Advanced Research PRESDEIA at the King Juan Carlos University, where he studies the migratory processes, business activity and Spanish presence in Latin America. He is the author of more than seventy scientific works which have been published in Spanish, English and Italian, of which the most outstanding are : «Historia del Mundo Actual (1945-2005)», «Basque emigration to Latin America», «La España de la Modernidad», «Violencia política y terrorismo de Estado en Argentina», «Las grandes transformaciones de la España actual», «Las dimensiones de la presencia española en Brasil», «Emigración, actividad empresarial y cooperación española al desarrollo en República Dominicana», «El ámbito historiográfico y metodológico de la emigración vasca y navarra hacia América» and «Guerra y Paz. La sociedad internacional, entre el conflicto y la cooperación». He has been the co-ordinator of several books and he has participated in numerous academic conferences held at universities in Spain, the United States of America, Argentina, Uruguay, China, Bulgaria, Albania and Japan, among others

---

Dhondt, Frederik

Frederik Dhondt (1984) studierte Jura (Gent, 2007), Geschichte (Gent/Paris IV-Sorbonne, 2008) und Internationale Beziehungen (Sciences Po Paris, 2009). In September 2013 promoviert er als Rechtshistoriker bei Prof. Dr. D. Heirbaut (Institut für Rechtsgeschichte, Gent), als Assistent für Forschung des Fonds für Wissenschaftliche Forschung – Flandern (FWO). Titel der Doktorarbeit (2009-2013): Balance of Power and International Law. European Diplomacy and the Elaboration of International Order, 18th Century and Post 1945. Kontakt: Frederik.Dhondt@UGent.be.

---



---

Gschwend, Lukas/  
Sutter, Pascale

Prof. Dr. Lukas Gschwend, Universität St. Gallen HSG, Tiggerbergstr. 21, CH-9000 St. Gallen, 0041 (0)71 224 29 48, lukas.gschwend@unisg.ch

Geb. 1967. Ordinarius für Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Strafrecht an der Universität St. Gallen, Dekan der Rechtswissenschaftlichen Abteilung (Law School), Präsident der Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins (SJV).

Dr. phil. Pascale Sutter, Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins, c/o RWI der Universität Zürich, Treichlerstr. 10, CH-8032 Zürich, 0041 (0)44 634 25 70, pascale.sutter@ssrq-sds-fds.ch

Geb. 1969. Historikerin, administrative und wissenschaftliche Leiterin der Rechtsquellenstiftung des Schweizerischen Juristenvereins

---

Heirbaut, Dirk

Dirk Heirbaut (°1966) studied law and history. He is currently teaching legal history and Roman law at Ghent University, where he is the director of the department for legal theory and legal history. He publishes on customary law in the medieval county of Flanders, Belgian private law after 1804, the history of codification and the methodology of legal history. He is president of the Legal History Committee affiliated with the Royal Flemish Academy of Arts and Science and a member of the Academia Europea

---

Lettmaier, Saskia	<p>Dr. Saskia Lettmaier, B.A., LL.M. (*1979) is a jurist trained in both Anglo-American and German law. She obtained her B.A. in Jurisprudence from Oxford University in 2002, being awarded a First as well as the St. Anne's College Law Prize. She holds a full German law degree (First State Exam, 2009; Second State Exam, 2011), an LL.M. degree from Harvard University (2003), and a doctorate in Cultural Studies from the University of Bamberg (summa cum laude, 2007). She has lectured in law and in Victorian culture at the universities of Bamberg, Erlangen-Nuremberg, and Cork and published books and articles on law as well as on the intersection between law and literature. She is the author of <i>Broken Engagements: The Action for Breach of Promise of Marriage and the Feminine Ideal, 1800-1940</i> (Oxford University Press, 2010) and currently an S.J.D. Candidate at the Harvard Law School.</p>
Morales Payán, Miguel Ángel	<p>Miguel Ángel Morales Payán is Professor of History of Law and Institutions at the University of Almeria (Spain). He began his teaching career in 1990, activity which he has developed continuously since then. As a researcher he has focused on three main research areas, namely, History of Criminal Law, Relationship between the State and the Catholic Church, and History of Administration of Justice, in particular in the nineteenth century. In respect of this, Mr. Morales has written monographs such as "De la injuria a las conductas lesivas de la integridad física y la salud", "La configuración legislativa del delito de lesiones en el derecho histórico español", "El pase regio. Esplendor y decadencia de una regalía" (as co-author), "La justicia penal en la Almería de la primera mitad del siglo XIX" and "El Trienio Liberal y el desmantelamiento del Antiguo Reino de Granada. La nueva organización territorial y judicial". Apart from these works, he has published many articles, including "Veinticinco años en las relaciones entre la Santa Sede y el Estado español (1853-1878): su reflejo en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia", "Des rapports entre l'église et l'état sa projection sur la codification pénale espagnole", "Los alcaldes al servicio de la administración de justicia: una propuesta discutida" or "Recomendaciones de la Audiencia de Granada para la mejora de la administración de justicia: el informe de 1822".</p>

Rinke, Stefan	<p>Professor Dr. Stefan Rinke ist Professor für Geschichte Lateinamerikas am Friedrich-Meinecke-Institut und am Lateinamerikas-Institut der Freien Universität Berlin. Er hat zahlreiche Publikationen zur Geschichte des Subkontinents von Kolumbus bis zur Zeitgeschichte vorlegt. Derzeit arbeitet er im Rahmen eines Einstein-Fellowships an einer Studie zu Lateinamerika im Ersten Weltkrieg. International Research Training Group</p> <p>Email: <a href="mailto:rinke@zedat.fu-berlin.de">rinke@zedat.fu-berlin.de</a></p> <p><a href="http://www.lai.fu-berlin.de/homepages/rinke/index.html">http://www.lai.fu-berlin.de/homepages/rinke/index.html</a></p>
Ruiz-Resa, Josefa-Dolores	<p>She is Dr. jur. and lecturer in Philosophy of Law at the University of Granada. As a researcher, her thesis on social rights during the Franco's regime was special awarded by the Faculty of Law of Granada. She works on topics like human rights, political participation and education, legal epistemology and history of legal and political thought. She coordinated the book „John Stuart Mill and democracy of the XXIst century“ (2008) and, together with Manuel Escamilla, the book „Utilitarianism and Constitutionalism: the occasion of 1812“ (2012). She is also involved in some reports for the General Council of the Spanish Judiciary related to the enforcement of the Spanish Law of Equality. She was a visiting researcher at University College London, University of Westminster (UK) and Université Paris X-Nanterre (France)</p>



Stegmann, Natali	<p>PD Dr. Natali Stegmann, geb. 1967, ist seit März 2009 wissenschaftliche Koordinatorin für Mittel-, Ost- und Südosteuropa-Forschung an der Universität Regensburg. Sie hat Osteuropäische Geschichte in Frankfurt am Main und Posen studiert. 1999 promovierte sie in Tübingen mit der Studie „Die Töchter der geschlagenen Helden. ‚Frauenfrage‘, Feminismus und Frauenbewegung in Polen 1863-1919“. Vom 2001 bis 2007 war sie wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Osteuropäische Geschichte und Landeskunde der Universität Tübingen. 2007 wurde sie ebendort habilitiert. Die Habilitationsschrift „Kriegsdeutungen – Staatsgründungen – Sozialpolitik. Der Helden- und Opferdiskurs in der Tschechoslowakei, 1918-1948“ ist 2010 im Oldenbourg-Verlag erschienen. Ihre aktuellen Forschungsinteressen richten sich auf den Spätsozialismus einerseits („Gab es eine spätsozialistische Idee von einem guten Leben? Formen und Inhalte von Kommunikation zwischen Prager Frühling und dem Langen Sommer der Solidarność“) und auf „Staatsbürgerschaft und soziale Rechte in den Nachfolgestaaten der Habsburgermonarchie“ andererseits.</p>
Wagner, Stephan	<p>Jahrgang 1971. Studium der Rechtswissenschaften und der Geschichte in Regensburg und Genf. 1997 Erste und 2000 Zweite Juristische Staatsprüfung. 1998 M.A., 2001/02 M.Jur. in European and Comparative Law, St. Hugh's College, Oxford. Wiss. Referent am MPI für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg. 2003 Promotion. Seit 2005 Referent im Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie. Seit 2008 Lehrbeauftragter für Vergaberecht an der Universität Regensburg.</p>
Würdinger, Markus	<p>Geboren 1977; Studium der Rechtswissenschaften in Regensburg; 2004 Promotion; seit 2007 Dozent der DeutschenAnwaltAkademie; 2010 Habilitation; Lehrstuhlvertretungen/Lehraufträge in Regensburg, Konstanz und Augsburg; seit 2012 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Zivilprozessrecht an der Universität des Saarlandes. m.wuerdinger@mx.uni-saarland.de</p>



# Bisher erschienen in den Rechtskultur-Reihen

## **Rechtskultur Wissenschaft**

Band 1; Martin Löhnig, Die Justiz als Gesetzgeber: Zur Anwendung nationalsozialistischen Rechts in der Nachkriegszeit; 2010 ISBN: 978-3-86646-401-8; 29,90 Euro

Band 2; Martin Löhnig (Hrsg.), Zwischenzeit: Rechtsgeschichte der Besatzungsjahre; 2011 ISBN: 978-3-86646-403-2; 39,00 Euro

Band 3; Lena Stern, Der Strafgrund der Bekenntnisbeschimpfung; 2011 ISBN: 978-3-86646-404-9; 39,00 Euro

Band 4; Ricardo Gómez Rivero, Die Königliche Sanktion der Gesetze in der Verfassung von Cádiz; 2011 ISBN: 978-3-86646-405-6; 39,00 Euro

Band 5; Czeguhn/Sánchez Aranda (Hrsg.), Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts: Zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert; Del servicio al Rey al servicio de la Justicia: el cargo de juez en el siglo decimonónico ; 2011 ISBN: 978-3-86646-406-3; 39,00 Euro

Band 6; Geisenhanslüke/Löhnig (Hrsg.), Infamie - Ehre und Ehrverlust in literarischen und juristischen Diskursen ; 2012 ISBN: 978-3-86646-407-0; 30,00 Euro

Band 7; Heiß, Dr. Karl Friedrich Ritter von Heintz - Königlich Bayerischer Staatsminister der Justiz 1848/49 Leben und Wirken, 1. Auflage 2012 ISBN: 978-3-86646-408-7, Preis: 49,00 EUR

Band 8; Hans-Georg Hermann/Hans-Joachim Hecker (Hrsg.), Rechtsgeschichte des ländlichen Raums in Bayern, 1. Auflage 2012 ISBN: 978-3-86646-410-0, Preis: 39,00 EUR

Band 9; Antonio Sánchez Aranda/Martin Löhnig (Hrsg.), Justizreform im Bürgerlichen Zeitalter - Rechtsentwicklungen in Spanien und Deutschland, 1. Auflage 2013 ISBN: 978-3-86646-412-4, Preis: 35,00 EUR

Band 10; Alexandra Maier, Geschiedenenunterhalt in Deutschland im 19. Jahrhundert, 1. Auflage 2013 ISBN: 978-3-86646411-7, Preis: 49,00 EUR

Band 11; Franz Birndorfer, Der erstinstanzliche Prozessalltag 1938 bis 1949 anhand der Ehescheidungsakten des Landgerichts Amberg, 1. Auflage 2013 ISBN: 978-3-86646415-5, Preis: 59,00 Euro



## **Rechtskultur Dogmatik**

Band 1; Florian Weichselgärtner, Das AGG im Sport: Diskriminierungen im Sport, 1. Auflage 2011 ISBN: 978-3-86646-402-5; 39,90 Euro

Band 2; Marina Schäuble, Erwerbsobliegenheit im Betreuungsunterhalt, 1. Auflage 2013 ISBN: 978-3-86646-413-1; 39,90 Euro

Band 3; Rebecca Zeller, Haftungsbeschränkungen des BGB - Funktion und Wirkungsweise, 1. Auflage 2013 ISBN: 978-3-86646-416-2; 49,00 Euro

## **Edition Rechtskultur**

Harald Derschka, Rainer Hausmann, Martin Löhnig (Hrsg.); Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag; 2009; ISBN: 978-3-86646-400-1; 198,00 Euro

## **Impressum**

Verlag: Edition Rechtskultur in der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Pfälzer Str. 11, 93128 Regenstauf

Herausgeber: Ignacio Czeguhn - Lukas Gschwend - Dirk Heirbaut - Martin Löhnig - Antonio Sánchez Aranda

Redaktion: Lehrstuhl Prof. Dr. Martin Löhnig, Universität Regensburg, [rechtskultur@ur.de](mailto:rechtskultur@ur.de)

Satz & Layout: Simon Naczinsky, Thomas Hornberger (Regensburg)

Übersetzungen: Dr. Sylvie Brahy LL.M. (Regensburg), Dr. Saskia Lettmaier, BA (Oxford) LL.M. (Harvard)

ISBN: 978-3-86646-417-9 Preis: 49,- Euro

Aboservice: [info@edition-rechtskultur.de](mailto:info@edition-rechtskultur.de); H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Pfälzer Str. 11, 93128 Regenstauf, Tel.: +49 9402 9337 0, Fax: +49 9402 9337 24

[www.edition-rechtskultur.de](http://www.edition-rechtskultur.de)